Besitzstörung durch Einwirkung.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von

Gottfried Boley
Gerichtsreferendar
aus Fritzlar.

Marburg 1932.

Druck von Ludwig Funks Buchdruckerei in Hersfeld

Berichterstatter: Geheimer. Justizrat Professor Dr. *F. Leonhard*

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Als Dissertation von der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät angenommen am 15. 7. 1931.

Inhaltsübersicht.

Seite

Einleitung: Umgrenzung des Problems 1

I. Teil: Geschichtliche Entwicklung des Besitzstörungsbegriffes 2

I. Kapitel: Das alte römische Recht.

§ 1. Allgemeiner Ueberblick über die Schutzmittel des römischen Rechts gegen Besitzstörung . . . 2

§ 2. Insbesondere der Begriff der vis als „Besitzstörung" des römischen Rechts 3

II. Kapitel: Das spätrömische und gemeine Recht.

§ 3. Die Weiterentwicklung des Interdiktenschutzes seit Diokletian 8

§ 4. Versuch einer Definition der „Besitzstörung" im gemeinen Rechte, abgeleitet aus gemeinrechtlichen Entscheidungen 9

II. Teil: Der Begriff der Besitzstörung nach BGB. 16

III. Kapitel: Die Grundlagen.

§ 5. Ueberblick über den Begriff des Besitzes im BGB. im Gegensatz zum römischen und gemeinen Recht 16

§ 6. Die „tatsächliche Gewalt" des BGB. . . . 18

A. Die Notwendigkeit einer Begriffsbestimmung 18

B. Die Auffassungen Savignys, Jherings und der ihnen nahestehenden Autoren 19

C. Eigene Ansicht: tatsächliche Gewalt ist erkennbare Verwendungsbereitschaft 24

§ 7. Das Problem des Besitzwillens als Element der Erlangung oder Fortdauer der tatsächlichen Gewalt 28

IV. Kapitel: Die Folgerungen: Besitzstörung ist nur eine Einwirkung, die einen Eingriff in die tatsächliche Gewalt darstellt.

§ 8. Ausgangspunkt und Methode der Verwertung der bisherigen Ergebnisse 34

§ 9. Der Wortsinn der §§ 858, 862 BGB. . . . 35

§ 10. Ergebnisse der geschichtlichen Betrachtungen . . 35

§ 11. Das Wesen des Eingriffs in die tatsächliche Gewalt und seine Abgrenzung gegenüber der Entziehung der tatsächlichen Gewalt 38

V. Kapitel: Rechtfertigung des gefundenen Grundsatzes: „Besitzstörung = Eingriff in die tatsächliche Gewalt" durch:

§ 12. Gründe aus dem Zusammenhang des BGB., §§ 869 und 857 BGB. 44

§ 13. Kritik der gegnerischen Auffassungen . . . 47

§ 14. Behandlung der Besitzstörungen im Nachbarrecht, insbesondere die Einwirkungen des § 906 BGB. 51

§ 15. Billigkeit des Gesamtergebnisses 61

Schrifttum.

I. Lehrbücher und Kommentare.

1. *Biermann,* Komment. z. Sachenrecht. 3. Aufl. Berlin 1914.
2. *Cosack-Mitteis,* Lehrb. d. Bürgerl. Rechts, 7. Aufl. II. Bd. 1. Abtlg. Jena 1924.
3. *Crome,* System des deutschen Bürgerl. Rechts. III. Bd., Rechte an Sachen u. an Rechten. Tübingen 1905.
4. *Dernburg,* Das Sachenrecht. 4. Aufl. Halle 1908.
5. *Dernburg,* Pandekten, I. Bd. Berlin 1902.
6. *Endemann,* Lehrb. d. Bürgerl. Rechts, II. Bd.: Sachenrecht. Berlin 1905.
7. *Förster-Eccius,* Preußisches Privatrecht. III. Bd. Berlin 1892.
8. *Gierke,* Dt. Privatrecht, Sachenrecht, Leipzig 1905.
9. *Goldmann-Lilienthal,* Das Bürgerliche Gesetzbuch. II. Bd. Sachenrecht. Berlin 1912.
10. *Leonhard, Franz,* Lehrbuch in kurzen Sätzen. 2. Aufl. Berlin 1926.
11. *Leonhard, Franz,* Kommentar zum Erbrecht. Berlin 1912.
12. *Männer,* Das Sachenrecht nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche. München 1906.
13. *Matthiass,* Lehrbuch d. Bürgerl. Rechts, 5. Aufl. Berlin 1910.
14. *Neumann,* Handausgabe des Bürgerl. Gesetzbuchs. I. Bd. 5. Aufl. Berlin 1909.
15. *Oertmann,* Recht der Schuldverhältnisse. 2. Abtlg. Berlin 1929.
16. *Planck,* Kommentar zum Sachenrecht, 3. Aufl. Berlin 1906.
17. *Planck,* Komment. z. Sachenrecht, 4. Aufl. Berlin u. Leipzig 1920.
18. *Planck,* Komm. z. Erbrecht, 4. Aufl. Berlin u. Leipzig 1930.
19. *RGR. Kommentar,* Kommentar der Reichsgerichtsräte zum Sachenrecht. Berlin u. Leipzig 1928.
20. *Rosenberg,* Sachenrecht. München 1919.
21. *Staudinger-Kober,* Komm. z. Sachenrecht. I. Teil, 9. Aufl. München, Berlin u Leipzig 1926.
22. *Staudinger-Herzfelder,* Komm. z. Erbrecht, 9. Aufl. München, Berlin u. Leipzig 1928.
23. *Vangerow,* Lehrb. d. Pandekten. I. Bd. 7. Aufl. Marburg u. Leipzig 1863.

24. *Wolff, Martin,* Das Sachenrecht (im Lehrb. d. Bürgerl. Rechts v. Enneccerus—Kipp—Wolff). Marburg 1929.
25. *Windscheid-Kipp,* Lehrb. d. Pandektenrechts. I. Bd. 9. Aufl. Frankfurt a. M. 1906.

II. Einzelabhandlungen und Aufsätze.

26. *Bekker,* Das Recht des Besitzes bei den Römern. Leipzig 1880.
27. *Bekker,* Der Besitz beweglicher Sachen in Jherings Jahrb. f. Dogm. Bd. 34 S. 1 ff.
28. *Brückner,* Die Miete von Wohnungen und anderen Räumen. 2. Aufl. Leipzig 1902.
29. *Bruns,* Besitzerwerb durch Interessenvertreter. Tübingen 1910.
30. *Bruns,* Die Besitzklagen des römischen und heutigen Rechts. Weimar 1874.
31. *Bruns,* Der ältere Besitz und das possessorium ordinarium. im Jahrb. d. gem. dt. Rechts. Bd. 4, Leipzig 1860.
32. *Bunsen,* Besitzschutz im Bürgerlichen Gesetzbuche. im Archiv f. Bürg. Recht. Bd. 23 S. 69 ff.
33. *Carlowa,* Beiträge zur Geschichte des römischen Zivilprozesses. Bonn 1865.
34. *Dnistrjanskyj,* Dingliche u. persönliche Rechte. in Jherings Jahrb. f. Dogm. Bd. 78 S. 87 ff.
35. *Ebbecke,* Besitzstand. im „Recht" 1913 S. 261.
36. *Eccius,* Schuldhafte Verletzung des Besitzes. in Gruchots Beitr. Bd. 53 S. 8 ff.
37. *Fränkel,* Miet- und Pachtrecht nach dem Bürgerl. Gesetzbuch f. d. Dt. Reich. Berlin 1897.
38. *Fuld,* Das Mietrecht nach d. Bürgerl. Gesetzbuch f. d. Dt. Reich. Leipzig 1898.
39. *Gärtner,* Der gerichtliche Schutz gegen Besitzverlust nach römischem und neuerem deutschen Recht. in Leonhards Studien. I. Bd. 4. Heft, Breslau 1901.
40. *L. Goldschmidt,* Vermischte Schriften. I. Bd. Berlin 1901. Grundlagen der Besitzlehre, S. 1 ff.
41. *Heymann,* Die dingliche Wirkung der handelsrechtlichen Traditionspapiere. Marburg 1909.
42. *Hellmann,* Besprechung zu Bruns' „Besitzerwerb durch Interessenvertreter" in: „Krit. Viertelj. Schrift Bd. 50 S. 104 ff.
43. *Hesse,* Zur Lehre von den nachbarrechtlichen Verhältnissen. in Jherings Jahrb. f. Dogm. Bd. 6 S. 378 ff.
44. *Jhering,* Der Besitzwille. Jena 1889.
45. *Jhering,* Rechtsschutz gegen injuriöse Rechtsverletzungen. in Jherings Jahrb. f. Dogm. Bd. 23 S. 155 ff.
46. *Jhering,* Ueber den Grund des Besitzschutzes. Jena 1869.

47. *Jhering,* Zur Lehre von den Beschränkungen des Grundeigentümers.
in Jherings Jahrb. f. Dogm. Bd. 6 S. 81 ff.
48. *Jung,* Bürgerliches Recht.
in „Das gesamte deutsche Recht", hrsg. von Stammler. Berlin 1931.
49. *Kniep,* Der Besitz des Bürgerl. Gesetzbuches, gegenübergestellt dem römischen und gemeinen Recht. Jena 1900.
50. *Leonhard, Franz,* Das römische Recht.
in Birkmeyers Exyklopädie, 2. Aufl.
51. *Leonhard, Franz,* Vertretung beim Fahrniserwerb. Leipzig 1899.
52. *Leonhard, Rudolf,* Der Erbschaftsbesitz, Jena 1899.
53. *Meisner,* Das in Preußen geltende Nachbarrecht. München—Berlin—Leipzig 1927.
54. *Mittelstein,* Die Miete nach dem Recht des Dt. Reiches.
1. Aufl. Berlin 1900.
2. „ Berlin 1909.
3. „ Berlin 1913.
55. *Mosich,* Das Grundeigen und seine Begrenzung nach §§ 905 u. 906 BGB.
in Jherings Jahrb. f. Dogm. Bd. 80 S. 255 ff.
56. *Niendorff,* Mietrecht nach dem neuen Bürgerl. Gesetzbuch, 6. Aufl. Berlin 1901.
57. *Pagenstecher,* Die römische Lehre vom Eigentum. Bd. I, Heidelberg 1857.
58. *Pininski,* Der Tatbestand des Sachbesitzerwerbes nach Gemeinem Recht. Leipzig 1885.
59. *Raape,* Aneignungsüberlassung.
in Jherings Jahrbuch f. Dogm. Bd. 74 S. 179 ff.
60. *Raape,* Gebrauchs- und Besitzüberlassung.
in Jherings Jahrb. f. Dogm. Bd. 71 S. 97 ff.
61. *Randa,* Der Besitz nach österreichischem Rechte. Leipzig 1895.
62. *Riehl,* Ueber Immissionsprozesse.
in Gruchots Beitr. Bd. 51 S. 142 ff.
63. *Rotering,* Aus der Lehre vom Besitze.
im Archiv. f. Bürg. Recht Bd. 27 S. 55 ff.
64. *Savigny,* Das Recht des Besitzes. Wien 1865.
65. *Schmidt, Karl Adolf,* Das Interdiktenverfahren der Römer. Leipzig 1853.
66. *Strohal,* Der Sachbesitz nach dem BGB.
in Jherings Jahrb. f. Dogm. Bd. 38 S. 1 ff.
67. *Strohal,* Succession in den Besitz. Graz 1885.
68. *Thibaut,* Ueber possessio civilis.
im Archiv f. Ziv. Praxis Bd. 18 S. 315 ff.
69. *Ubbelohde,* Die Besitzklagen.
in Glücks Pand. Komm. Serie 43 u. 44, 5. Teil. Erlangen 1896.

70. *Volkmar,* Vom Schutz des Mieters gegen störende Nachbarschaft. in DJZ 1901 S. 382.
71. *Werenberg,* Ueber die Kollision der Rechte verschiedener Grundeigentümer.
in Jherings Jahrb. f. Dogm. Bd. 6 S. 1 ff.
72. *Witte,* Das Interdictum uti possidetis als Grundlage des heutigen possessorium ordinarium. Leipzig 1863.
73. *Zoll,* Besprechung zu Pininski „Der Tatbestand des Sachbesitzerwerbes nach Gemeinem Recht" in Grünhuts Ztschr. Bd. 13 S. 256.

III. Dissertationen.

74. *Ganz,* Die tatsächliche Gewalt beim Besitz. Marburg 1914.
75. *Hörig,* Die Einwirkungen auf ein Grundstück im Sinne des § 906 BGB, die gegen sie begründeten zivilrechtlichen Ansprüche u. ihre Durchführung im Prozeß. Leipzig 1906.
76. *Köhler,* Der Eingriff in den Besitz. Marburg 1921.
77. *Kothé,* Die Besitzstörung im römischen, im gemeinen und im bürgerlichen Recht. Rostock 1910.
78. *Mayer,* Die Begriffe Störung und Störer im Besitz und Eigentumsrecht. Marburg 1917.
79. *Schader,* Die Besitzstörung als eine Voraussetzung des gerichtlichen Besitzschutzes im Römischen, Gemeinen und Bürgerlichen Rechte. Leipzig 1902.
80. *Spitzer,* Der Schutz des Mieters gegen Immissionen nach bürgerlichem Recht. Jena 1911.

IV. Entscheidungssammlungen und Materialien.

Corpus Iuris Civilis.
Institutiones et Digesta, red. von Krüger-Mommsen 1872.
Codex Iustinianus, red. von Krüger 1877.
Mugdan, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch f. d. Dt. Reich. III. Bd.: Sachenrecht. Berlin 1899.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, bei Walter de Gruyter.
Rechtsprechung der Oberlandesgerichte, hrsg. v. Mugdan u. Falkmann.
Seufferts Archiv der Entscheidungen der obersten Gerichte.
Warneyers Jahrbuch der Entscheidungen.

Einleitung.

Umgrenzung des Problems.

Eine Verletzung des Besitzes durch unbefugte Eingriffe Dritter kann in unserem heutigen wie in früheren Rechtssystemen in zwei Formen erfolgen, der der Besitzentziehung und der Besitzstörung. Letzterer Form der Besitzverletzung gilt die vorliegende Untersuchung.

Die Fassung des Themas „Besitzstörung durch Einwirkung" könnte zu der Annahme verleiten, daß hier ein engeres Gebiet der Besitzstörung, nämlich das einer durch Einwirkung veranlaßten, untersucht werden soll. Jedoch erhellt klar, daß bei jeder Besitzstörung ein Eingriff in die Rechtssphäre des Besitzers, eine Einwirkung auf seinen Besitzstand, stattgefunden haben muß, da an rein psychische Vorgänge, die keine Veränderung in der Außenwelt, sei es auch nur durch Einwirkung auf das Seelenleben des Besitzers, hervorrufen, die Rechtsordnung nicht Folgen aus einer „Besitzverletzung" knüpfen kann. Die Fragestellung muß also anders lauten.

Sind zwar alle Besitzstörungen durch eine Einwirkung — ein Tun oder auf menschlichen Willen zurückführbares Unterlassen — hervorgerufen, so kann man doch nicht den Umkehrschluß anwenden, daß alle derartigen Einwirkungen Besitzstörungen seien. Freilich hat man infolge der herrschenden Unklarheit auf dem Gebiete des Besitzschutzes vielfach den Eindruck, daß mit diesem Umkehrschluß gearbeitet wird. Es wird also unsere Aufgabe sein, klarzustellen, welche Einwirkungen Besitzstörungen hervorrufen, und welche nicht. Bemerkt muß werden, daß der reine Begriff der Besitzstörung herausgearbeitet werden soll, nicht der der Besitzstörung als Voraussetzung der Besitzschutzmittel des Gesetzes. Beide Begriffe sind nicht identisch, wie ein Beispiel zeigt. Besitzstörung ist begrifflich schon das einmalige Betreten eines Grundstücks, einen Störungsanspruch erzeugt erst die begründete Besorgnis weiterer derartiger Handlungen.

Eine solche Beschränkung des Themas erscheint aus dem Grunde geboten, weil eine Erörterung der Voraussetzungen des Gewaltrechts und der Störungsklage des Besitzers dazu führen muß, die ganze Struktur dieser Schutzmittel zu behandeln. Probleme wie

„Störer," „Gestörter," „Ziel des Anspruchs," „Einwendungen des Beklagten," „Durchführung im Prozesse," insbesondere Fragen der Beweislast, werden also bewußt ausgeschieden. Im übrigen dürfte die Tatsache, daß in diesem wichtigsten Punkte der ganzen Besitzschutzlehre der Versuch einer Widerlegung der herrschenden Meinung gemacht werden soll, die gegenständliche Begrenzung rechtfertigen.

I. Teil: Geschichtliche Entwicklung des Besitzstörungsbegriffes.

I. Kapitel: Das alte römische Recht.

Das Besitzrecht des BGB. beruht auf einer Mischung deutschrechtlicher und römisch-rechtlicher Gedanken. Die Ausgestaltung des Besitzschutzes ist im wesentlichen dem römischen Recht entnommen. Wir wenden uns darum seiner Betrachtung zu, um zu erkennen, wie es zum Begriffe der Besitzstörung stand, und ob die begriffsbildenden Elemente heute noch dieselben sind. Nicht die Frage nach dem in Wahrheit nicht vorhandenen inneren „gleichbleibenden" Grunde des Besitzschutzes vermag uns die erforderlichen Ergebnisse zu vermitteln. In diesen Bahnen wandelte besonders die gemeinrechtliche Wissenschaft des vorigen Jahrhunderts unter der Führung Savignys, der die Verletzung des Besitzes als Delikt ansah. Jhering teilte dann in seinem „Grund des Besitzschutzes" ⟨S. 3 ff.⟩ die vertretenen Theorien in absolute, die den Grund des Besitzschutzes aus dem Wesen des Besitzes herleiten, „den Besitz aus sich selber begreifen wollen," und in relative, die den Grund des Besitzschutzes außerhalb desselben in anderen Rücksichten, Einrichtungen und Rechtssätzen suchen. Wesentlich aber ist für uns nur die Aufzeigung der praktischen Ursachen der geschichtlichen Entwicklung des Besitzschutzes, dessen Voraussetzungen und Wirkungen nie dieselben geblieben sind. Aus ihnen allein können wir maßgebliche Schlüsse für das heute geltende Recht ziehen.

Die rechtshistorische Untersuchung soll nur der Auslegung des geltenden Rechts dienen. Eine eingehendere Behandlung der mannigfachen Streitfragen, insbesondere eine eigene kritische Stellungnahme, kann infolgedessen hier nur in beschränktem Umfange gegeben werden.

§ 1.

Allgemeiner Ueberblick über die Schutzmittel des römischen Rechts gegen Besitzstörung.

Erst der Prätor bildete den Besitzschutz aus. In der Eigentümlichkeit der prätorischen Rechtsetzung liegt es begründet, daß man von dem Rechtsmittel, das der Prätor gegen Verletzungen des

Besitzes gab, ausgehen muß, um festzustellen, wann der Tatbestand einer solchen Verletzung vorlag. Nicht der aus dem objektiven Recht abgeleitete Anspruch, sondern das verfolgbare Klagerecht war für die Römer bei der Subsumierung eines Sachverhaltes unter Rechtsvorschriften maßgebend. Geschützt wurde nur der Eigenbesitzer, der possessor, dem der Pfandgläubiger, der Sequester und der Prekarist gleichgestellt wurden. Die Mittel zum Schutze waren die vom Prätor geschaffenen Interdikte. Zum Vergleich mit den heutigen Besitzstörungsansprüchen können nur die interdicta retinendae possessionis herangezogen werden. Sie zerfallen in das interdictum uti possidetis, das bei der Störung des Besitzes an Grundstücken, und das interdictum utrubi, das bei Störung des Besitzes an beweglichen Sachen eintrat. Die Bedeutung des letzteren war stets eine untergeordnete. Justinian verschmolz die beiden Interdikte sogar miteinander, sodaß die Behandlung des interdictum uti possidetis genügend und zweckmäßig ist. [1]) Die ursprüngliche Zweckbestimmung des i. u. p. ist streitig. Die einen [2]) nehmen an, daß es eingeführt sei, um die Parteirollen für einen nachfolgenden Eigentumsprozeß zu regulieren, daß sein Charakter also der einer reinen Präjudizialklage sei. Nach anderer Ansicht [3]) soll es ursprünglich zum Schutze der possessio am ager publicus gedient haben. Das meiste spricht für die Meinung, [4]) daß ursprünglich während der Dauer des Eigentumsprozesses durch das Interdikt die Besitzfrage geregelt werden sollte, daß aber mit der wachsenden Ausdehnung des ager Romanus aus dem Verkehrsbedürfnis heraus das i. u p. die Funktion eines Rechtsmittels gegen Besitzstörungen erhielt. Daß diese Funktion zur Zeit Ulpians bereits bestanden hat, wird von keiner Seite bestritten.

§ 2.

Insbesondere der Begriff der vis als „Besitzstörung" des römischen Rechts.

Den Begriff der vis, der im Interdikt in der Verbindung „vim fieri veto" enthalten ist, enthalten auch die Sponsionen, die im alten Interdiktenprozeß die Grundlage für das iudicium bildeten: „si adversus edictum [5]) praetoris possidenti mihi vis a te facta est." Diese „vis" ist der „formelle Angelpunkt, um den sich der ganze

---

[1]) Der Wortlaut nach lex 1 pr. D. 43, 17 lautet: „Uti eas aedes, quibus de agitur, nec vi nec clam nec precario alter ab altero possidetis, quo minus ita possideatis, vim fieri veto"

[2]) so Jhering, Grund des Bes. Sch., S. 76, 78; Bruns, Besitzkl. S. 19 ff.; Bekker, Recht d. Bes. S. 98 ff.; Vangerow, S. 674; Kniep S. 356.

[3]) so vor allem Dernburg, Pand. S. 397/8; nach Niebuhr u. Savigny S. 197 ff.

[4]) Leonhard in Birkm. Enzykl. S. 123.

[5]) Schmidt, Das Interdiktenverf. S. 241, weist mit überzeugenden Gründen nach, daß edictum hier die Bedeutung von interdictum hat.

Prozeß dreht".[1] Auch ihr Begriff ist streitig. Zu seinem Verständnis ist kurz auf die Durchführung des Interdiktenverfahrens, wie es bei Gai. IV 166–170 geschildert ist, einzugehen.

Derjenige, qui possidet, oder, a quo adversarius iniuste possidet, konnte beim Prätor das Interdikt gegen jeden beliebigen Dritten erwirken. Dieser, der Antragsteller, mußte, da es sich um ein iudicium duplex, bei dem das Gebot des Prätors an beide erging, handelte, ebenso wie der Antragsgegner eine vis adversus edictum praetoris vornehmen, die, wenn er in dem nachfolgenden Verfahren unterliegen sollte, als Beeinträchtigung fremden Besitzes gedeutet werden mußte. Dann folgte eine fructus licitatio mit fructuaria stipulatio und gegenseitige Poenalstipulationen für den Fall des Unterliegens. Letztere Begriffe interessieren hier nicht. Weigerte eine der Parteien nach diesem sog. interdictum primarium die weitere notwendige Mitwirkung an der Durchführung des Verfahrens, insbesondere durch Nichtvornahme einer vis adversus edictum, so bestand die Gefahr, daß der ganze Prozeß, der doch der endgültigen Regelung der Besitzfrage diente, ins Stocken geriet. Hier griff das interdictum secundarium ein, das die Partei, die das Ihrige zur Durchführung des Verfahrens getan hatte, erwirken konnte. Es war ein prohibitorisches, wenn der Nichtbesitzende Antragsgegner war. Mit seinem Gebot „vim illi possidenti ne faciat" war es eine reine Besitzstörungsklage. Beging der Antragsgegner nunmehr eine vis so trafen ihn die Folgen aus der erzwingbaren sponsio poenalis. Die Hauptbedeutung des i. sec. gegenüber dem i. prim. lag darin, daß der Antragsgegner sich auf die Fehlerhaftigkeit des gegnerischen Besitzes und einen sich hieraus für ihn ergebenden Anspruch auf den Besitz nicht mehr berufen konnte. Die Besitzfrage war durch das i. sec. nunmehr im wesentlichen zugunsten des Antragsstellers entschieden, die Hauptwirkung des i. sec. richtete sich nur noch gegen drohende Besitzstörung. Diese bevorstehende Besitzstörung = vis ist begrifflich mit der vor dem i. sec. liegenden, beiderseits zur weiteren Fortführung des Verfahrens erforderlichen, vis identisch.

Im Anschluß an Gai. IV, 166–170 wird von zahlreichen Autoren angenommen, daß mit der vis adversus edictum nur eine vis ex conventu, ein Scheinkampf der Parteien mit dem Ziele der endgültigen Klärung der Besitzverhältnisse durch Gewährung einer actio aus den Sponsionen, gemeint sei. Demgegenüber ist nach der besonderen Struktur des Interdiktenverfahrens der Beweisführung Bruns[2] der Vorzug zu geben, daß diese symbolische vis ex conventu bei Gaius regelmäßig nur dann stattgefunden habe, wenn es sich darum handelte, für einen Eigentumsprozeß den Besitzstand vorher festzustellen, sodaß wirkliche Störungen nicht zu befürchten gewesen wären. In der vis ist vielmehr eine vis realis, eine wirklich ernst

[1] Bruns, Besitzkl. S. 29.
[2] Besitzkl. S. 32 ff.

gemeinte Gewalt zu erblicken. In dieser ihrer Grundform führt uns die vis zu dem römisch-rechtlichen Begriff der Besitzstörung.

Eine Definition der vis ist, wenn man von der Stelle l. 11 D. de vi 43, 16 absieht,[1] nirgends gegeben, womit man nur eine neue Bestätigung der Tatsache, daß die römischen Juristen sich ungern mit Aufstellung theoretischer Begriffe befaßten, findet. Es sind lediglich einige praktische Fälle, in denen das i. u. p. zugelassen war, erörtert. Aus ihnen allein kann, wenn überhaupt, der Begriff der vis abgeleitet werden.

In l. 8 § 5 D. 8, 5 wird dem Eigentümer eines Grundstücks die Duldung von Rauch aus einer benachbarten Käsefabrik nur dann zur Pflicht gemacht, wenn eine entsprechende Dienstbarkeit besteht. Das Hinüberfliegen von Steinen aus einem Steinbruch, das Ausgießen von Wasser aus dem oberen in das untere Stockwerk dagegen braucht er in keinem Falle zu dulden. Die Stelle schließt mit der allgemeinen Bemerkung „sed et interdictum uti possidetis poterit locum habere, si quis prohibeatur, qualiter velit, suo uti." Es ist nicht klar ersichtlich, ob das Interdikt für alle vorgenannten Fälle zugelassen wird, oder nur für den zum Schluß genannten der Raucherzeugung. Soviel ich sehe, wird nur letzteres in der Literatur angenommen.[2] In diesem Zusammenhang will Jhering[3] das i. u. p. als Schutzmittel der Erzeugung von Rauch, nicht als Schutzmittel gegen Zuführung von Rauch auffassen. Es kann hierzu auf die eingehende Begründung von Ubbelohde bei Glück[4] verwiesen werden, der darlegt, daß hier gerade von der Beeinträchtigung im suo uti durch Zuführung von Rauch die Rede ist. Diese Stelle besagt jedoch zu wenig, um aus ihr eine Definition einer Beeinträchtigung im Gebrauche der Sache ableiten zu können. Nur die wenigen in l. 3 D. 43, 17, 2 ff. von Ulpian angeführten Beispiele vermögen uns näheren Aufschluß zu geben. Die Interdikte werden hier gewährt:

1. dem, der verhindert wird, auf seinem Grund und Boden zu bauen (§ 2),

2. dem Eigentümer, den der Mieter abhalten will, sein Gebäude auszubessern, sofern ersterer vor Zeugen erklärt, daß er den Mieter nur am Besitz verhindern will (§ 3),

3. dem Besitzer eines Landgutes, dessen Nachbar ihn hindern will, Weinstockranken, die sich um Bäume auf dem Nachbargrundstück geschlungen haben, abzuschneiden oder zurückzubiegen (§ 4),[5]

---

[1] vim facit, qui non sinit possidentem eo, quod possidebit, uti arbitrio suo, sive inserendo sive fodiendo sive arando sive quid aedificando sive quid omnino faciendo, per quod liberam possessionem adversarii non relinquit.

Die Stelle ist nach Bruns, Jahrb. S. 50, kaum für das i. u. p. verwertbar. A. M.: Savigny S. 402; Ubbelohde bei Glück S. 480.

[2] so Ubbelohde bei Glück S. 478, Bruns Besitzkl. S. 80; Kothé S. 36.

[3] Jhering, Rechtsschutz . . . S. 254.

[4] S. 478.

[5] s. zu dieser Auslegung Karlowa S. 39; Kothé S. 32.

4. dem Bewohner eines Stockwerkes über dem Kellergeschosse gegen einen anderen, der sich in einem über ihm gelegenen Stockwerk quasi dominus aufhält ⟨§ 7⟩,

5. dem Besitzer einer mit dem Nachbarn gemeinschaftlichen Wand, wenn der Nachbar auf der Seite jenes ein Wetterdach hat ⟨§ 9⟩.

Die Interdikte werden versagt:

1. beim Hinüberragen eines Erkers über des Nachbarn Grund und Boden, sowohl dem Erkerbesitzer als dem Nachbarn ⟨§ 5⟩.

2. beim Hineinbauen eines Teiles eines Gebäudes in ein anderes, sowohl dem einen als dem andern ⟨§ 6⟩.

An diese Fälle knüpfen sich Streitfragen, deren Klarstellung Voraussetzung für eine auch noch so weite Begriffsbestimmung der Besitzstörung ist. Bruns [1]⟩ und Witte [2]⟩ wollen zunächst aus ihnen herauslesen, daß nur positive, störende Handlungen, nicht dagegen bestehende, den Besitz beeinträchtigende, Vorrichtungen des Nachbarn zur Anstellung des i. u. p. dienen können. Aus dem Wortlaute vim fieri veto, der sich in vielen anderen prohibitorischen Interdikten [3]⟩ findet und daher als feststehende Formel anzusehen ist, kann in diesem speziellen Falle nicht gefolgert werden, daß ein fieri, also ein Handeln, Voraussetzung des i. u. p sei. Die Stelle l. 3 §§ 5. 6, D. 43, 17 ⟨s. o. Nr. 1 und 2 der Beispiele für Versagung der Interdikte⟩ spricht zwar in gewissem Sinne für Bruns und Witte,[4]⟩ jedoch wird ihr durch l. 3 § 9 D. 43, 17 ⟨Nr. 5 der Beispiele für Gewährung der Interdikte⟩, wo schlechthin von dem tectoria habere die Rede ist, ohne daß gefragt wird, ob der Nachbar die tectoria selbst angebracht hat, jede Bedeutung genommen. Es genügen also im alten römischen Recht zur Besitzstörung auch Vorkehrungen und Anlagen, die vor dem Erlaß des Interdiktes geschaffen waren, wenn sie nur in der Gegenwart noch störend fortwirken.

Aus der Tatsache, daß in den §§ 2, 3, 4 D. 43, 17 aufgeführten Beispielen nur von einem prohibere die Rede ist, schließt Jhering,[5]⟩ daß außer störenden Anstalten nur negative, persönliche Eingriffe das i. u. p. begründeten. In der „aus Versehen der Kompilatoren in den Titel unde vi gesetzten" l. 11 D. de vi 43, 16 [6]⟩ handele es sich um eine Verhinderung des Besitzers sive in serendo sive fodiendo sive quid aedificando etc. Sprachlich und sinngemäß muß man jedoch — unter der Voraussetzung, daß man überhaupt dieser Stelle Beweiserheblichkeit zuspricht — die genannten Tätigkeiten auf

[1]⟩ Besitzkl. S. 78.
[2]⟩ S. 102.
[3]⟩ so D. 43, 9 de loco publico fruendo, 14 ut in flumine publico navigare liceat, 15 de ripa munienda.
[4]⟩ Der wahre Grund der Versagung des i. u. p. ist allerdings wohl mit den Worten gesagt, quia alter solum possidet alter cum aedibus superficiem.
[5]⟩ Rechtsschutz S. 253 ff.
[6]⟩ s. o. S. 8 Anm. 1.

den Eindringling beziehen.[1] Völlig gegen Jhering spricht l. 5 § 10 D. 39, 1.[2] Mit per praetorem ist das prätorische Interdikt gemeint.[3] Wenn man auch über den Sinn des proicere zweifeln kann — es kann sowohl überbauen heißen, für einen Ueberbau wird aber das i. u. p. in l. 3 § 6 D. 43, 17 versagt, als auch hinüberwerfen = positiver Eingriff —, so ist doch der Sinn des immittere als der eines positiven persönlichen Eingriffs hinlänglich klar. Zumindest ist bereits oben ⟨S. 5⟩ darauf hingewiesen, daß in dem Falle der Zuführung von Rauch das i. u. p. dagegen gegeben wird. Dabei handelt es sich aber nicht um eine Verhinderung. Jhering[4] verlangt in folgerichtiger Fortführung seiner Ansicht vom Wesen des i. u. p. als einer reinen Präjudizialklage mit dem Zweck der Parteirollenregulierung für den Eigentumsstreit weiterhin zur Erfüllung des Tatbestandes der Besitzstörung eine Aneignung des Besitzes. Auf die Grundlagen seiner Ansicht kann in diesem Rahmen nicht eingegangen werden. Es sei nur darauf aufmerksam gemacht, daß z. B. in l. 3 § 3 D. 43, 17 dem Eigentümer gegen den Mietsmann, der sich gewiß keinerlei Besitz aneignet, das i. u. p. gegeben wird.

Nicht ganz so weit wie Jhering geht Vangerow,[5] der verlangt, daß das Interdikt nur gegen denjenigen angestellt werden kann, der den Besitz ganz oder teilweise bestreitet. Er schließt dies aus den Worten l. 3 § 2 D. 43, 17: hoc interdictum sufficit ei, qui aedificare in suo prohibetur; etenim videris mihi possessionis controversiam facere, qui prohibes me uti mea possessione. Wenn Vangerow die Absicht des Bestreitens immer supponieren will, wo das Interdikt wegen einer Turbation in den Quellen eingeräumt wird, so muß dem entgegengehalten werden, daß einzelnen Stellen genau das Gegenteil entnommen werden kann. Kann in den Beispielen §§ 2, 3, 4 D. 43, 17 in einer Verhinderung am Bauen, an der Reparatur des Hauses durch den Eigentümer, am Abschneiden der Weinranken ein Bestreiten des Besitzes gefunden werden? Liegt vollends in dem tectoria habere auf meiner Mauerseite ein Bestreiten? Es ist demgegenüber die Ansicht Bruns[6] und anderer[7] besser mit den Quellen in Einklang zu bringen. Sie fassen das controversiam possessionis facere in einem weiteren Sinne, nämlich dem, daß zur Anstellung des i. u. p. die vis Beziehung auf den Besitz als solchen, auf die faktische Beherrschung der Sache durch die Person, haben müsse. Eine bloße Belästigung der Person des Besitzenden ohne Beziehung

---

[1] so auch Ubbelohde bei Glück S. 63 Anm. 52, Kothé S. 36.

[2] meminisse autem opportebit, quotiens quis in nostro aedificare vel in nostrum immittere vel proicere vult, melius esse eum per praetorzm vel per manum, id est lapilli ictum prohibere quam operis novi nuntiatione.

[3] Ubbelohde bei Glück S. 478 N. 61 mit weiteren Angaben.

[4] a. a. O. S. 256, 258.

[5] Pandekten S. 676 Nr. 3.

[6] Besitzkl. S. 61, 70.

[7] Witte S. 100 ff., Ubbelohde bei Glück S. 472, 481; Dernburg Pand. S. 439; Windscheid-Kipp S. 814 Anm. 5.

auf seinen Sachbestand würde nicht genügen. Wir haben also gerade hier eine bedeutsame Untermalung des Begriffes „suo uti."

Auf die etwa noch weiter zu erhebenden Fragen, ob zur Störung des Besitzes ein animus turbandi nötig ist, ob ferner eine bloß verbale Störung des Besitzes denkbar ist, geben die Quellen keine Auskunft. Wir müssen also für das alte römische Recht eine verneinende Antwort geben. Unerörtert muß ferner die Frage bleiben, inwieweit durch die exceptio vitiosae possessionis, Geltendmachung einer quasi possessio oder Berufung auf entgegenstehende Rechte die Folgen der verübten vis abgewandt werden können. Bei der angestellten historischen Untersuchung kommt es nur darauf an, eine Definition für die objektiv verübte Besitzstörung zu geben.[1] Es ist nun gewiß etwas Mißliches, aus der außerordentlich dürftigen Behandlung, die die ganze Frage in den Quellen gefunden hat, eine Begriffsbestimmung abzuleiten. Unter Verwertung vor allem der über D. 43, 17 herrschenden Kontroversen kann etwa folgendes gesagt werden:

Die vis als Besitzstörung im Sinne des römischen i. u. p. ist jeder objektive Eingriff in den Besitzstand eines anderen, der nicht zur völligen Entziehung der tatsächlichen Gewalt führt, sondern den Besitzer nur im Gebrauche der Sache beeinträchtigt. Er kann veranlaßt sein durch positive Handlungen oder durch Vorrichtungen und Anstalten. Nicht erforderlich ist, daß in der verübten vis eine Aneignung des Besitzes oder ein Bestreiten des gegnerischen Besitzes gefunden wird.

Um noch mit einem Wort auf das Ziel des Anspruchs einzugehen, den die vis nach sich zog, so ging dieser grundsätzlich auf „quanti ea res erit" aus den Sponsionen; soweit ein störender Zustand, den der Impetrat vor Erlaß des Interdiktes geschaffen hatte, noch vorhanden war, lag in seiner Aufrechterhaltung eine neue vis. Wollte der Impetrat dem Verbote der vis nachkommen, so mußte er den Zustand beseitigen. Insofern wohnt dem prohibitorischen Interdikt auch ein positiver Gehalt inne.[2]

II. Kapitel: Das spätrömische und gemeine Recht.

§ 3.

Die Weiterentwicklung des Interdiktenschutzes seit Diokletian.

Unter Diokletian und Maximian nahm das Interdiktenverfahren keine Sonderstellung mehr ein, es ging in dem allgemeinen Extraordinarverfahren unter. Lediglich ad exemplum eorum res agitur.[3]

---

[1] Schader S. 24 spricht hier von rechtlichen Momenten im Begriffe der vis im Gegensatz zu den allein zu erörternden tatsächlichen Momenten.

[2] Ubbelohde bei Glück S. 467, 468.

[3] l. 3 Cod. 8, 1.

Geklagt wurde unmittelbar mit der actio utilis ex causa interdicti.[1] Mag das Verfahren gewisse Aenderungen erlitten haben — so streitet man, ob die Funktion des Schadensersatzes die hauptsächliche gewesen sei[2] oder nicht[3] —, so ist doch der Begriff der vis auch in diesem Verfahren derselbe geblieben.

Im gemeinen Recht wurde zum Schutze des Besitzes gegen Störungen das possessorium ordinarium gegeben. Nach richtiger Ansicht ist in ihm das alte i. u. p. bezw. die actio utilis ex causa interdicti zu erblicken.[4] Die eigentümliche Form des possessorium summariissimum, das anfangs eine vorläufige Ordnung der Besitzfrage bezweckte, indem maßgebend die jüngste fehlerfreie Besitzhandlung war, stammte aus der italienischen Praxis. Es ist für die Begriffsbestimmung der Besitzstörung ohne Bedeutung.

§ 4.

Versuch einer Definition der „Besitzstörung" im gemeinen Rechte, abgeleitet aus gemeinrechtlichen Entscheidungen.

Die gemeinrechtliche Praxis war es insbesondere, die im Wege der Bildung von Gewohnheitsrecht den Begriff der Besitzstörung weiter ausbaute. Die herrschende Meinung glaubt, für den heute geltenden Begriff der Besitzstörung die gemeinrechtlichen Entscheidungen verwerten zu können.[5] Wir bewegen uns somit schon mehr auf dem Boden einer Darstellung der herrschenden Lehre als auf dem historischer Untersuchung. Eine eingehendere Behandlung der gemeinrechtlichen Praxis ist somit aus diesem doppelten Grunde geboten. Es ist unverkennbar, daß in zahlreichen gemeinrechtlichen Entscheidungen das Bestreben zum Ausdruck kommt, den Begriff der römischen vis auch als Klaggrund des possessorium ordinarium zu verwenden.[6] Jedoch zeigt die Gesamtheit der Urteile eine solche Fülle von Widersprüchen und Ungleichmäßigkeiten, daß es nahezu unmöglich ist, eine Gruppierung nach einheitlichen Gesichtspunkten vorzunehmen. Erfordert wird, daß der Besitzer im freien Gebrauch der besessenen Sache beeinträchtigt wird.[7] Es ist damit nicht mehr gesagt als in der oben behandelten Stelle der Quellen fr. 11 de vi 43,16 – Beeinträchtigung im suo uti. Tauchten schon im römischen Rechte anläßlich der Auslegung dieses Begriffes Zweifelsfragen auf, so noch mehr im gemeinen Rechte. Es empfiehlt sich,

---

[1] § 8 I. IV, 15.

[2] so Witte S. 126/7; Schmidt S. 323 ff.

[3] so Bruns, Besitzkl. S. 53.

[4] Dernburg, Pand. S. 432; Bruns a. a O. S. 48; Kothé S. 50; Schader S. 37.

[5] Dies muß aus der Heranziehung der vor Inkraftreten des BGB. gefällten Erkenntnisse geschlossen werden, deutlich ausgesprochen bei Planck, 3. Aufl. zu § 862 II; s. auch unten § 10 und Biermann § 862, 2.

[6] so bay. OLG. in Seuff. A. 31, 11; desgl. in Seuff. A. 34, 273; OAG. Darmstadt in Seuff. A. 21, 124; OAG. Celle in Seuff. A. 24, 213.

[7] Bay. OLG. in Seuff. A. 34, Nr. 273; OAG. Celle in Seuff. A. 24, 213.

mit Bruns [1]) eine Fünfteilung vorzunehmen, an Hand deren eine gewisse Einordnung versucht werden kann. Bruns gruppiert folgendermaßen:

1. Ist eine tatsächliche Störung durch wirkliche Handlungen nötig, genügen schon bloße Drohungen und Vorbereitungen oder selbst auch bloße verbale Behauptungen eigenen oder Bestreitungen des fremden Besitzes?

2. Genügen die tatsächlichen Störungen rein als solche, oder sind dabei Bewußtsein und Absicht, den fremden Besitz zu stören, erforderlich?

3. Müssen die Störungen auf der Behauptung eigenen Besitzes beruhen, oder können sie auch von Nichtbesitzern aus Anmaßung, Rücksichtslosigkeit, Nachlässigkeit usw. geschehen?

4. Muß die Störung das Besitzverhältnis als solches betreffen, d. h. eine Beziehung auf den Besitz als solchen haben und eine Beeinträchtigung desselben enthalten, oder begründet jede Handlung gegen die besitzende Person oder die besessene Sache die Klage?

5. Sind einzelne Handlungen nötig, oder begründet auch das Dasein von dauernden Vorrichtungen an Grund und Boden, Gebäuden usw., die den Besitz beeinträchtigen, die Klage?

Es sind z. T. dieselben Fragen, die bereits bei der Behandlung der vis im i. u. p. oben untersucht worden sind. Schon in der ersten Frage ist die Stellungnahme der Praxis nicht einheitlich. Von dem Erfordernis einer körperlichen Handlung wird freilich abgesehen und grundsätzlich die Möglichkeit einer bloß verbalen Besitzstörung anerkannt. So heißt es in einem Erkenntnis des OAG. München vom 3. Juni 1863 [2]):

> „. . . weil nach dem gemeinen Rechte jede Anfechtung oder Bestreitung des Besitzes, wenn sie auch mit einer körperlichen Störung nicht verbunden ist, zur Anstellung der Interdikte, der Besitzklagen, berechtigt."

In einem Erkenntnis des OAG. Lübeck vom 11. 12. 1875 [3]):

> „Das Erfordernis der Besitzstörung wird von dem Obergericht in einem zu engen Sinne verstanden, wenn die Zulassung der possessorischen Klage von einem körperlichen Eingriffe des Beklagten in den Besitz des Klägers abhängig gemacht wird, es genügt vielmehr sogar jedes bloße Bestreiten des Besitzes".

Ferner Erkenntnis des OAG. Darmstadt vom 12. 7. 1861 [4]) ‹Besitzesstörung durch Anzeige des Berechtigten bei dem Rügegericht oder Ableugnen des Besitzes› oder Erkenntnis des OG. Wolfen-

---

[1]) Besitzkl. S. 59.
[2]) Seuff. A. 17 Nr. 45.
[3]) Seuff A. 32 Nr. 302.
[4]) Seuff. A. 21 Nr. 124.

büttel vom 27. 4. 1866[1] ‹schon widersprechende Behauptungen über den Besitzstand genügen›.

Sehr viel strenger sind aber die Anforderungen für das Vorliegen einer Besitzstörung in folgenden Entscheidungen.

Erkenntnis des Ob. Gerichtshofes für Bayern vom 2. 11. 1877[2]:

„. . . eine die Besitzklage begründende Besitzstörung ist dann gegeben, wenn die wörtliche Bestreitung des Besitzes mit einem förmlichen Verbot fernerer Besitzhandlungen oder mit der Androhung tätlicher Verhinderung der Besitzausübung verbunden ist."

Sodann OAG. E. vom 29. 12. 1859[3]:

„. . . daß einmal schlechthin nicht die wörtliche Anmaßung des Rechtes selbst, sodann aber auch nicht jede wörtliche Anmaßung des Besitzes von Seite des Gegners zum Grunde der summarischen Besitzklage genommen werden kann, sondern nur eine solche als Besitzstörung zu gelten vermag, welche den ruhigen Besitz des Inhabers leugnet und ihn ohne Zögern mit einer Hinderung der Ausübung des Besitzes bedroht".

In Anlehnung hieran Ob. LG. für Bayern vom 21. 6. 1890[4] und OGH. Wien vom 13. 1. 1887[5], wo verlangt wird, daß die Erklärung der beabsichtigten Besitzausübung entgegengesetzt ist und physischen Widerstand in Aussicht stellt; vollends AG. Celle vom 21. 10 1870[6]:

„Zu der gewaltsamen Störung, welche das i. u. p., allerdings ohne eine unmittelbar gegen die Person des Besitzers gerichtete Gewalt zu erfordern, immer voraussetzt, ist ein bloß verbales Bestreiten des klägerischen Besitzes nicht schon für sich allein genügend, solange dasselbe nicht etwa nach den Umständen des Falles eine wirkliche Beschränkung des Besitzers in dem freien Gebrauch der Sache und in der tatsächlichen Integrität seiner Herrschaft über die Sache mit sich bringt."

Es ist bedauerlich, daß die in diesem Urteil anklingende Erkenntnis von einer ungebührlich weiten Ausdehnung der Besitzstörungsklagen nicht nachhaltigeren Einfluß auf die Rechtsprechung ausgeübt hat.

Die Stellung der gemeinrechtlichen Praxis zur Frage der Besitzstörung durch bloße Drohungen und Vorbereitungen kommt beiläufig in einigen Entscheidungen zum Ausdruck, so Seuff. Archiv 34 Nr. 93, Nr. 273; Seuff. Archiv 46 Nr 92. Hier wird verlangt, daß eine unbefugte körperliche Einwirkung als bevorstehend angekündigt wird. Der Fall einer Besitzstörung durch Drohungen ist dem erörterten der Ableugnung des Besitzes gleichgeartet, eine

---

[1] Seuff. A. 24 Nr. 34.
[2] Seuff. A. 34 Nr. 92.
[3] Seuff. Bl. f. R. Anw. 26 S. 222.
[4] Seuff. A. 46 Nr. 92.
[5] Seuff. A. 42 Nr. 282.
[6] Seuff. A. 24 Nr. 213.

Uebertragung der in den zitierten Entscheidungen enthaltenen Ansichten erscheint auch auf diesen Fall angängig.

Zusammenfassend läßt sich sagen, daß die Praxis des gemeinen Rechts im allgemeinen Drohungen und wörtliche Besitzableugnungen als zur Begründung der Besitzklagen geeignet ansah, daß aber Abweichungen in der Auffassung von der erforderlichen Stärke dieses verbalen Eingriffs in fremden Besitz bestanden.

Bewußtsein und Absicht, den fremden Besitz zu stören, werden in der gemeinrechtlichen Praxis im Gegensatz zum preußischen Allgemeinen Landrecht [1] in keinem Falle erfordert. Deutlich sagen dies die Entscheidungen in Seuff. Arch. 25 Nr. 6, wo es für genügend erklärt wird, wenn zur Begründung der Klage die Tatsache der erfolgten Störung behauptet werde, da man unmöglich dem Kläger zumuten könne, zu gleicher Zeit die ihm unbekannte Absicht anzugeben, welche der Beklagte mit der Besitzstörung verbunden habe; und Seufferts Arch. 35 Nr. 184:

> „Das Vorhandensein einer bösen Absicht oder einer Arglist des Beklagten wird zur Begründung des vom Kläger geltend gemachten Rechtes auf Schutz im Besitze nicht erfordert."

Maßgebend bleibt also lediglich der objektive Eingriff in den Besitz, soweit Schutz gegen drohende Störungen begehrt wird, für die Frage des Schadensersatzes wegen bereits verübter Störung ist dagegen das Vorliegen eines Verschuldens, d. h. einer Absicht oder Fahrlässigkeit nach späterem gemeinen Recht erheblich.[2]

Die dritte von Bruns aufgestellte Kategorie scheint äußerlich mit der ersten zusammenzufallen, doch besteht ein wesentlicher Unterschied. Während dort die Behauptungen eigenen Besitzes bereits als Störungen angesehen werden, ist hier von Handlungen die Rede, die auf solcher Behauptung b e r u h e n, d. h. der Störer glaubt, sich hier auf ein ihn deckendes Besitzverhältnis berufen zu können und nimmt Handlungen vor, die ihm als Ausfluß seiner vermeintlichen Besitzgewalt erscheinen. Die Ansichten Iherings, der ein Behaupten eigenen Besitzes, und Vangerows, der wenigstens ein Bestreiten fremden Besitzes verlangt, wurden oben ‹S. 7› bereits als mit den Quellen nicht in Einklang stehend gekennzeichnet. Die gemeinrechtliche Praxis entscheidet hier prinzipios bald so, bald anders. So teilen den Iheringschen Standpunkt folgende Erkenntnisse: Oberhofgericht zu Mannheim vom 10. 1. 1843 [3]:

> „Wenn aber die Tat von der Beschaffenheit ist, daß dadurch der, gegen welchen sie verübt wird, an der Ausübung eines Besitzes von Liegenschaften oder Dienstbarkeiten verhindert, und zugleich die Absicht des Handelnden an den Tag gelegt wird, den Besitz der Liegenschaft oder der Dienstbarkeit

---

[1] Förster-Eccius Bd. III § 162 Anm. 37.
[2] Windscheid-Kipp § 159 Anm. 5 a.
[3] Seuff. A. 1 Nr. 60.

oder aber die Freiheit von der letzteren zu gewinnen, so ist solches eine Besitzstörung. . . . Fehlte es . . . an der bezeichneten . . Absicht des Handelnden, so kann derselbe . . nicht . . . mit einer Besitzklage belangt werden."

In der oben ⟨S. 7⟩ kritisierten irrtümlichen Auffassung von der Stelle l. 3 § 2 D. 43, 17 betr. die controversia possessionis geht noch weiter das Urteil des OAG. Oldenburg vom 24. 6. 1851.[1]⟩ Es erachtet, ausgehend von dem Zweck des Interdikts, die Parteirollen im Eigentumsstreit zu bestimmen, das Interdikt schon durch die bloße controversia possessionis für begründet, „auch wenn eine faktische Anfechtung des klägerischen Besitzes durch Hinderung einer Besitzhandlung des Klägers oder Ausübung einer Besitzhandlung vonseiten des Beklagten nicht vorgefallen ist." Ferner in diesem Sinne Erkenntnis des OG. Wolfenbüttel vom 16. 1. 1874[2]⟩ unter besonderer Erwähnung Vangerows:

„Das Interdikt . . . kann nicht wegen jeder beliebigen, insbesondere nicht wegen jeder noch so entfernten und mittelbaren Turbation, sondern nur gegen denjenigen angestellt werden, welcher den Besitz des Gegners ganz oder teilweise bestreitet, geschehe dies ausdrücklich oder durch solche Eingriffe, welche den Willen, über das fremde Eigentum eine eigene Herrschaft auszuüben, bekunden oder wenigstens vermuten lassen."

Und schließlich noch OLG. für Bayern vom 16. 12. 1879[3]⟩:

„Wesentlich für die Begründung des Rechts auf das Interdikt ist vielmehr nur die possessio des Klägers und die mit dem Faktum der Turbation verbundene Anmaßung".

Diesen Entscheidungen stehen andere völlig abweichende gegenüber, so Erkenntnis des OAG. München vom 23. 5. 1845[4]⟩:

„Die Worte „videris mihi possessionis controversiam facere" in dem zuletzt angeführten Gesetze deuten nicht . . . auf die Voraussetzung, als werde die Störung in der Absicht einer Anmaßung des Eigentumsbesitzes begangen, sondern darauf, daß eine solche Störung einer Anmaßung des Eigentumsbesitzes gleichzuachten ist."

Sodann Erkenntnis des OAG. Celle vom 7. 6. 1857[5]⟩:

„Nach richtiger Rechtsansicht kann das i. u. p. zum Schutze gestörten juristischen Besitzes gegen den Störer, auch wenn dieser sich selbst juristischen Besitz nicht zuschreibt, angestellt werden."

---

[1]⟩ Seuff. A. 7 Nr. 41.
[2]⟩ Seuff. A. 30 Nr. 229.
[3]⟩ Seuff. A. 35 Nr. 184.
[4]⟩ Seuff. A. 5 Nr. 172.
[5]⟩ Seuff. A. 12 Nr. 33.

Erkenntnis des OAG. Kassel vom 19. 11. 1853 [1]:

„Zur Begründung einer auf Schutz im Besitz gerichteten Klage wird eine Ausübung von Besitzhandlungen seitens des Verklagten oder eine Nichtanerkennung des klägerischen Besitzes, jedenfalls nach dem einheimischen Gerichtsgebrauche, nicht erfordert, vielmehr genügt die Darlegung einer seitens des Klägers erlittenen Störung im Besitze zur Begründung einer solchen Klage."

Erkenntnis des OAG. Jena vom 31. 10. 1833 [2]:

„Hierzu kommt noch, daß das hier angestellte i. u. p. wider jeden Besitzstörer Platz greift, gleichviel, ob derselbe für seine eigene Person den fraglichen Besitz sich anmaßet oder nicht".

Im gleichen Sinne lauten noch zahlreiche Entscheidungen. Bei diesen Schwankungen der gemeinrechtlichen Rechtsprechung erscheint es unmöglich, eine einheitliche Beantwortung der Frage, ob Behaupten eigenen Besitzes zur Besitzstörung gehört, zu geben, wenn auch die Zahl der Entscheidungen, die dies verneinen, die überwiegende ist.

Eine weitere Frage ist die, ob die Störung das Besitzverhältnis als solches betreffen muß, oder ob als Störung jede gegen die besitzende Person oder besessene Sache vorgenommene Handlung anzusehen ist. In den Entscheidungen wird wiederholt zum Ausdruck gebracht, daß, um mit Bruns [3] zu reden, eine Beziehung auf den Besitz als solchen, d. h. die unbeschränkte Beherrung der Sache, namentlich die Verfügung und Benutzung, als wesentlich bei der Besitzklage festgehalten werden muß.[4] Es würde nicht genügen, wenn gegen den Besitzer Gewalt verübt wird, die ihn zwar hindert, Besitzhandlungen vorzunehmen, sich jedoch gegen seine Person ohne Zusammenhang mit seinem Besitz richtet. So ist es zweifellos auch nach gemeinem Recht keine Besitzstörung, wenn jemand auf einer Reise widerrechtlich längere Zeit festgehalten, und ihm dadurch Besitzhandlungen auf seinem heimatlichen Grundstücke unmöglich gemacht werden. Anders, wenn er von in unmittelbarer Nähe seines Grundstücks befindlichen Wegelagerern am Betreten desselben verhindert wird. Ein einmaliger derartiger Eingriff in den Besitzstand würde allerdings keinen Grund zur Erhebung einer Besitzklage bieten, wenn nicht die Störung entweder noch fortdauert oder eine Wiederholung zu befürchten ist. So mit Recht in verschiedenen Urteilen hervorgehoben.

Ob man bei Annahme des gemeinrechtlichen Standpunktes, wie es meist in diesem Zusammenhange geschieht, bei Beschädigungen der besessenen Sache das Vorliegen einer Besitzstörung immer

[1] Seuff. A. 8 Nr. 49.
[2] Seuff. A. 6 Nr. 136.
[3] Besitzkl. S. 77.
[4] Seuff. A. 31 Nr. 11, 48 Nr. 169, 34 Nr. 273

verneinen darf[1]), erscheint uns fraglich. Hält man daran fest, daß eine Beeinträchtigung des Besitzers im freien Gebrauch der besessenen Sache erforderlich und genügend sein soll, so müßte man doch, da bei wiederholten Beschädigungen der besessenen Sache der Gebrauch in erheblichem Maße beeinträchtigt wird, zu einem anderen Ergebnis kommen. Wenn in dem vom Kassations- und Revisionshof zu Berlin entschiedenen Fall[2]) der Besitzklage wegen Verunreinigung eines Brunnens durch vom Nachbargrundstück abfließende Jauche nicht stattgegeben wurde, so ist das nicht, wie Schader[3]) versucht, mit dem sonst ausgesprochenen Prinzip in Einklang zu bringen. Wer auf seinem Grundstück einen Brunnen unterhält, dem gewährt das Grundstück den Gebrauch des Wassers. Wird das Wasser verunreinigt, so ist der Gebrauch am Grundstück beeinträchtigt. Der Klage hätte hier also wohl stattgegeben werden müssen. Dieser Fall zeigt schlaglichtartig, wie unsicher die gemeinrechtliche Praxis in der Behandlung der Frage war, wann eine Beeinträchtigung im Gebrauch der Sache vorlag. Es wurde alles auf den einzelnen Fall abgestellt und damit die Entwicklung einer eine sichere Handhabung ermöglichenden Begriffsbildung verhindert. Es muß freilich zugestanden werden, daß dies die unausbleibliche Folge der Ansicht, daß der Besitzschutz auch den Gebrauch der Sache gewährleiste, war. Eine Aufzählung der verschiedensten Fälle, in denen bejaht oder verneint wurde, daß eine Beziehung der Störung auf den Besitz, eine „wirkliche Beschränkung des Besitzers in dem freien Gebrauch der Sache und in der tatsächlichen Integrität seiner Herrschaft über die Sache" vorläge, würde wertlos sein, da ein Gebrauchmachen in unzähligen Spielarten vorkommen kann, und die Zahl der vor Gericht erörterten Störungen des Gebrauchs nur einen Bruchteil an Möglichkeiten darstellt. Abgrenzungen lassen sich so nicht erzielen.

Zuletzt bleibt noch zu erörtern, ob auch dauernde, den Besitz störende Vorrichtungen die Besitzklage begründeten. Erwähnenswert ist hier zunächst eine überwiegend[4]) für unrichtig erklärte Entscheidung des OAG. Lübeck vom 20. 1. 1842,[5]) in der es heißt:

> „Es kann nicht als eine zur Anstellung eines i. u. p. geeignete Besitzstörung betrachtet werden, wenn von einer auf Grund und Boden des Eigentümers befindlichen Anlage Bestandteile derselben nicht unmittelbar durch menschliche Handlungen, sondern von selbst und vermöge der Naturgesetze, wenngleich in Folge einer fehlerhaften Beschaffenheit der Anlage auf das Grundstück des Nachbars herabfallen. Denn der Begriff einer vis, welche durch dieses Interdikt untersagt ist,

---

[1]) so Bruns, Besitzkl. S. 77; Kothé S. 59.
[2]) Seuff. A. 2 Nr. 136.
[3]) S. 47.
[4]) Kniep S. 435; Ubbelohde bei Glück S. 485 Anm. 75, a. A.: Rosenberg § 862, I, 1; Crome § 352 Anm. 33.
[5]) Seuff. A. 9 Nr. 34.

setzt, auch im weiteren Sinne, immer unmittelbare menschliche Handlungen voraus."

Abgesehen von diesem Erkenntnis spricht sich die Praxis ausdrücklich weder in bejahendem noch in verneinendem Sinne aus. In einem Fall wird die Besitzstörungsklage wegen Errichtung einer Wand auf einer Mauer des Besitzers,[1] in einem anderen wegen Beeinträchtigung einer Gehweggerechtigkeit durch Erbauung einer Scheune[2] gewährt. Da nach altem römischen Rechte, wie oben S. 6 ausgeführt, auch störende Vorrichtungen und Anlagen das i. u. p. begründeten, besteht mangels Vorliegens entgegengesetzter gemeinrechtlicher Entscheidungen kein Anlaß, einen abweichenden Standpunkt einzunehmen. Auch nach gemeinem Recht kam es also lediglich auf die objektive Störung, gleich. ob diese in einer Handlung oder in einer dauernden Vorrichtung und Anlage bestand, an.

Als Ergebnis der Erörterungen über die Behandlung von Besitzstörungen in der gemeinrechtlichen Praxis ist mit allem Vorbehalt unter nochmaligem Hinweis auf die oben dargelegten Schwierigkeiten einer Begriffsbildung festzuhalten:

Besitzstörung nach gemeinem Rechte war jeder objektive, nicht zu völliger Entziehung führende und nicht in einmaliger Begehung abgeschlossene Eingriff in die tatsächliche Herrschaft über eine Sache, namentlich in die Verfügung und Benutzung. Gleichgültig war, ob Bewußtsein und Absicht, den fremden Besitz zu stören, vorhanden waren, im allgemeinen gleichgültig, ob der Störer eigenen Besitz prätendierte oder den fremden bestritt. Die Störung konnte beruhen auf persönlichen Handlungen, Herstellung von dauernden Vorrichtungen und Anlagen und auf bloß verbalen Eingriffen. sei es in Form des Bestreitens des fremden Besitzes, Verbotes der Ausübung von Besitzhandlungen oder Drohungen mit eigenem tatsächlichen Eingriff.

II. Teil: Der Begriff der Besitzstörung nach BGB.

III. Kapitel: Die Grundlagen.

§ 5.

Ueberblick über den Begriff des Besitzes im BGB. im Gegensatz zum römischen und gemeinen Recht.

Durch die Schaffung des Bürgerlichen Gesetzbuchs wurde dem Rechtsinstitut des Besitzes eine gänzlich veränderte Gestalt gegeben. Dadurch traten auch auf dem Gebiete des Besitzschutzes tiefgreifende Veränderungen ein. Nach römischem Recht[3] wurde die possessio

[1] Seuff. A. 26 Nr. 79.
[2] Seuff. A. 36 Nr. 181.
[3] D. 41, 2, 31.

animo et corpore erworben. Beide Begriffe sind stark umstritten, jedoch kann so viel gesagt werden, daß animus eine innere ‹seelische› Beziehung der Person zur Sache, corpus eine äußere bedeutet. Mag man nun den animus domini oder den animus rem sibi habendi fordern, so viel ist klar, daß mit diesem animus der Wille gemeint ist, sich die Sache in der Gesamtheit ihrer Beziehungen anzueignen. Wer die Sache nur in dieser oder jener einzelnen Beziehung oder auch in mehreren und selbst vielen einzelnen Beziehungen tatsächlich in der Gewalt hat oder sich aneignen will, ist nicht juristischer Besitzer. [1] Gerade die Rechtsverhältnisse, in denen nur eine beschränkte Nutzung der Sache bezweckt war, Miete und Pacht, gewährten nicht die Vorteile des juristischen Besitzes, sondern konnten als bloße Inhabungsverhältnisse, Detentionen, nicht Besitzschutz vermitteln. Daß Prekarist, Pfandgläubiger und Sequester Besitzschutz genossen, obwohl sie die Sache nicht in der Gesamtheit ihrer Beziehungen beherrschten, bestätigt nur die Richtigkeit der Regel. Da sich ihre Rechtsstellung ursprünglich nur auf den Besitz gründete, und sie die Herrschaft des Eigentümers gerade ausschließen sollten, mußte aus Zweckmäßigkeitsgründen hier eine Ausnahme Platz greifen [2]. War so der Wille, die Sache als eigene zu haben, maßgeblicher Bestandteil des Besitzbegriffes, so wurden in letzteren damit Elemente aus dem zugrunde liegenden Rechtsverhältnis hineingetragen, denn der Wille, als Mieter oder als Pächter zu besitzen, schloß die possessio aus, ja, das objektiv einmal bestehende Miet- und Pachtverhältnis verhinderte sogar trotz des Entschlusses des Mieters, die Sache nunmehr als eigene zu haben, den Erwerb des juristischen Besitzes, soweit dieser Entschluß nicht Ausdruck in sichtbaren Handlungen fand. Nemo sibi causam possessionis mutare potest.

Ganz anders das BGB. Nachdem der I. Entwurf noch die Unterscheidung zwischen Besitz und Inhabung beibehalten hatte, schuf der im wesentlichen geltendes Recht gewordene II. Entwurf ein ganz neues Besitzrecht ohne direkte Anlehnung an eines der bisherigen Rechtssysteme. Das BGB. definiert zwar den Besitzbegriff nicht, sondern sagt im § 854 BGB nur: „Der Besitz einer Sache wird durch die Erlangung der tatsächlichen Gewalt über die Sache erworben". Mit dieser Bestimmung ist aber ausgesprochen, daß zum Besitzerwerb ein Wille unnötig ist, daß vielmehr der Begriff der tatsächlichen Gewalt „normaler Besitztatbestand und Ausgangspunkt der Besitzlehre ist". [3] Besitztatbestand und nicht nur Besitzerwerbstatbestand, weil nach § 856 BGB. der Besitz durch Verlust der tatsächlichen Gewalt beendet wird. Das Andauern der tatsächlichen Gewalt ist also ein Begriffselement des bestehenden Besitzes. Aus dem Gesetz läßt sich hinsichtlich des Besitzwillens

[1] Windscheid-Kipp § 149.
[2] Leonhard in Birkmeyers Enzykl. S. 122.
[3] Wolff S. 15.

freilich nur entnehmen, daß nicht neben der tatsächlichen Gewalt zum Besitzerwerb wie zu seiner Fortdauer ein Besitzwille erfordert wird, daß also der römische animus rem sibi habendi oder animus domini weggefallen ist. Das corpus ist in Gestalt der vom BGB. normierten tatsächlichen Gewalt erhalten geblieben, wenn sich auch beide Begriffe nicht genau decken. Darin liegt im Sinne der vorstehenden Erörterungen, daß ein etwa dem Besitz zugrunde liegendes Rechtsverhältnis keine Reflexwirkungen für den lediglich an das äußere Herrschaftsverhältnis der Person zur Sache anknüpfenden Besitzschutz zeitigt. Nicht aber ist damit gesagt, daß der tatsächlichen Gewalt nicht Willensmomente innewohnten. Hier muß die kritische Untersuchung einsetzen, da mit der Herausarbeitung des Begriffes der tatsächlichen Gewalt ein wesentlicher Stützpunkt für den Begriff der Besitzstörung nach BGB., wie wir ihn im Gegensatz zum römischen Recht und zur h. M. verstehen, gewonnen ist.

§ 6.

Die tatsächliche Gewalt des BGB.

A. Die Notwendigkeit einer Begriffsbestimmung.

Was ist unter tatsächlicher Gewalt zu verstehen? Daß der Begriff nicht rein wörtlich aufgefaßt werden kann, also nur im Falle des handhaften Besitzes vorläge, bedarf keiner weiteren Begründung. Man begnügt sich meistens mit der nichtssagenden Wendung: tatsächliche Gewalt ist, was dem gemeinen Bewußtsein und der Verkehrsanschauung als solche erscheint [1]. Es wird also davon ausgegangen, daß die tatsächliche Gewalt einen Elementarbegriff darstelle. Jedoch zeigt eine einfache Ueberlegung das Unrichtige dieser Auffassung. Man frage einmal einen Laien, in dessen Anschauung doch das Verkehrsbewußtsein zum Ausdruck kommen soll, nach dem Begriff des Besitzes. Er wird ihn meist mit dem des Eigentums verwechseln. Ebenso wie der Unterschied zwischen rechtlichem und tatsächlichem Haben, ist der „natürlichen Lebensanschauung" des Laien der Begriff der tatsächlichen Gewalt fremd. Einige Fälle mögen dies veranschaulichen.

1. Wann erlangt der Konkursverwalter die tatsächliche Gewalt und damit den Besitz an der Ware?

2. Bergsteiger haben, die Rucksäcke auf dem Rücken, eine Hochtour angetreten. Unterwegs legen sie die Rucksäcke an einem Punkt ab, den sie sich leicht merken können, um sie nachher auf dem Rückwege wieder abzuholen. Haben sie die tatsächliche Gewalt über die Rucksäcke? [2]

[1] so vor allem Goldschmidt S. 78; ferner Wolff S. 16; Planck § 854 Staudinger § 854, I, 1; Rosenberg § 854, I, 1 u. a. m.

[2] Beisp. 1 u. 2 entnommen aus Ganz S. 34.

3. Besteht tatsächliche Gewalt über die Außenwand gemieteter Geschäftsräume? [1]

4. Wer hat die tatsächliche Gewalt über Wild, das sich in von Wilderern ohne Wissen des Jagdberechtigten gestellten Fallen gefangen hat?

Diese Beispiele sind beliebig vermehrbar, eine einwandfreie Beantwortung läßt sich mit der äußerst unsicheren Verkehrauffassung nicht geben. Die zahlreichen Versuche, den Begriff der tatsächlichen Gewalt zu analysieren, sind deshalb durchaus berechtigt.

B. Die Auffassungen Savignys, Jherings und der ihnen nahestehenden Autoren.

Savigny brach mit der unzulänglichen Ansicht, daß die Detention mit der rein körperlichen Ergreifung erlangt würde und stellte zunächst die Definition auf, daß Besitz einer Sache ein Zustand sei, in welchem nicht nur die eigene Einwirkung auf die Sache physisch möglich, sondern auch jede fremde Einwirkung unmöglich sei. Da gegen letztere Formulierung mit Recht eingewandt wurde, daß mit dieser Unmöglichkeit begrifflich die Verletzung des Besitzes unvereinbar sei, änderte er seine Definition dahin, daß jede fremde Einwirkung verhindert werden könne. [2] Die zweite Kommission [3] legte sich mit der Wendung, daß der Ausdruck tatsächliche Gewalt zugleich das für das Wesen des Besitzes kennzeichnende Moment bezeichne, daß der Besitzer imstande sei, Dritte von seinem Machtbereich auszuschließen, einseitig im Savignyschen Sinne fest. Die Meinung Savignys darf jedoch heute als überwunden gelten. Wenn ihr auch ein richtiger Kern insofern innewohnt, als Möglichkeit des Ausschlusses fremder Einwirkung und jederzeitiger eigener Einwirkung den Normaltatbestand der tatsächlichen Gewalt bilden oder wenigstens häufig vorhanden sind, so trifft dies doch, bei entwickelten Kultur- und Lebensverhältnissen in höherem Grade als bei einfachen, keineswegs immer zu. Die Bedeutung des Elementes eines Begriffes liegt aber gerade darin, daß er dem Begriff absolut wesentlich ist, daß mit seinem Fehlen auch der Begriff entfällt. Wenden wir die Savignysche Theorie auf einige Beispiele an, um zu erkennen, ob sie sich halten läßt. Besteht, um zunächst die eine Hälfte der Savignyschen Formel zu überprüfen, bei uneingefriedigten Grundstücken eine Ausschlußmöglichkeit? Besteht sie bei vermieteten Zimmern, zu denen sehr häufig, wenigstens in Abwesenheit des Mieters, der Vermieter freien Zutritt hat? [4] Besteht sie bei im Walde lagerndem, jedermann zugänglichem Holz? Bei Sachen der

[1] RG. Z. 80 S. 282 ff.
[2] Savigny, Recht d. Besitzes § 1.
[3] Protokolle Mugdan Bd. III S. 502.
[4] RG. 66 S. 263.

Kinder, der Ehefrau, die der Ehemann in seiner Wohnung den Kindern oder der Frau beläßt, gegenüber dem Ehemanne?[1] Ist dem Bankkunden, der eine Safe gemietet hat, eine Ausschlußmöglichkeit gegenüber dem Bankier, dessen Mithilfe beim Aufschließen gerade nötig ist, gegeben?[2] Die Fragen stellen, heißt sie verneinen. Und doch besteht in allen diesen Fällen Besitz. Konsequenterweise müßte sogar verlangt werden, daß man mächtiger wäre als alle anderen, denen es in den Sinn kommen möchte, auf die Sache einzuwirken.[3] Brauchte es aber dann überhaupt die den Besitz schützenden Gewaltrechte und Besitzklagen, da doch eine Verletzung des Besitzes nicht möglich wäre?

Auch der zweite Teil der Definition, den Winscheid aufrecht erhalten wissen will,[4] ist unrichtig. Unmittelbare Einwirkungsmöglichkeit beim Besitzerwerb, jederzeitig reproduzierbare bei der Fortdauer des Besitzes, wie sie Savigny verlangt, fehlt z. B. in einer Reihe der oben genannten Fälle. Sie ist ferner nicht vorhanden, wenn ein Abwesender Besitz erwirbt, wenn sich Wild in von mir gestellten Fallen fängt, wenn in meiner Wohnung ohne mein Wissen Sachen abgegeben oder heimlich hineingeschafft werden. Savigny S. 227 will diesen Besitzerwerb damit begründen, daß „jeder über sein Haus sicherere Herrschaft habe als über alles andere Vermögen und durch jene Herrschaft zugleich die custodia aller der Sachen, die im Hause enthalten sind." Wie aber verhält sich hierzu der andere Satz Savignys, daß unmittelbare Einwirkungsmöglichkeit gegeben sein muß, und diese nur da vorhanden ist, wo der Besitzergreifende bei der Sache gegenwärtig ist?[5] Ebenso ist die Sachlage, wenn ich als Geschäftsinhaber lediglich meinem Filialleiter, der sich aber in sozial abhängiger Stellung befindet, einen Schlüssel zu den Geschäftsräumen ausgehändigt habe; wenn ich einen Gegenstand verlegt habe, von dem ich genau weiß, daß er sich noch im Hause befindet.

Umgekehrt lassen sich auch zahlreiche Fälle denken, in denen eine Einwirkungsmöglichkeit und doch keine tatsächliche Gewalt, also auch kein Besitz, vorhanden ist. Wer in einem fremden Heuschober nächtigt, hat eine Einwirkungsmöglichkeit, ebenso, wer sich in einer leer stehenden Villa bis zur Entdeckung durch die Polizei verbirgt.[6] Die Köchin, die den Schlüssel zum Küchenschrank hat, hat die Möglichkeit unmittelbarer Einwirkung, der Student, der in einer Handbibliothek einen Buchband benutzt, hat ebenfalls die Möglichkeit.[7] Tatsächliche Gewalt und Besitz liegen aber in allen diesen

[1] OLG. Rspr. 14, 224.
[2] Rosenberg § 854, I, 1.
[3] Kipp zu Windscheid § 153 Anm. 4.
[4] § 153.
[5] So richtig Jhering, Besitzschutz S. 162.
[6] Crome § 347 Anm. 5.
[7] Ganz S. 41.

Fällen nicht vor. Damit ist erwiesen, daß die Theorie Savignys, auch in der von Winscheid gemachten Einschränkung, unhaltbar ist.

Mit einem Worte ist noch auf Planck einzugehen, der zwar die Mängel der Savignyschen Lehre anerkennt, jedoch meint, daß die herrschende Meinung, die nichts besseres an ihre Stelle zu setzen wüßte, daran festhielte.[1] Die Gewalt, von der das Gesetz spricht, soll nach ihm keine andere als die in den öffentlichen Zuständen begründete, auf den Lebenssitten und der Moral beruhende, im letzten Grunde von der Rechtsordnung getragene Gesamtlage, in der sich der Besitzende befindet, sein. In Zweifelsfällen werde die Frage, ob Besitz besteht, entstanden oder verloren ist, damit entschieden, daß der tatsächliche Zustand daraufhin geprüft werde, ob er des Besitzesschutzes nach allen Richtungen würdig sei oder nicht. Circulus vitiosus! Das Positive an Savignys Lehre ist doch gerade, daß sie von der Notwendigkeit ausgeht, feststehende Elemente des Begriffes der tatsächlichen Gewalt zu geben. Nach Planck aber würde die Savignysche Lehre einen ganz anderen Ausgangspunkt haben. Savigny wollte nicht die Beurteilung des Vorliegens des Besitztatbestandes von der logisch ganz unmöglichen Vorfrage, ob seine Verletzung eingetreten wäre, abhängig machen. Richtig ist an der Meinung Plancks so viel, daß innerhalb des Begriffes der tatsächlichen Gewalt veränderliche Größen vorhanden sein müssen, denn die Frage nach dem Vorliegen des Besitzes ist stark durch die sich ändernden sozialen Bedingungen beeinflußt. Daß aber die Frage nach der tatsächlichen Gewalt selbst nicht dem Allgemeinbewußtsein und der Verkehrsanschauung zur Beantwortung überlassen werden kann, wurde schon dargelegt, da so eine befriedigende Lösung nicht zu erwarten ist. Die h. M. baut also nicht auf Savignys Ideen weiter, sondern steht im Gegensatz zu ihnen.

Wenn Jhering[2] das Verdienst gebührt, die Unrichtigkeit der Savignyschen Lehre nachgewiesen zu haben, so kann doch auch der von ihm aufgestellten Ansicht nicht beigepflichtet werden. Er meint,[3] das Verhältnis von Besitz und Besitzesschutz müsse umgekehrt, wie es die bisherige Lehre tue, aufgefaßt werden. Während sie vom Besitz ausgehe und von ihm zum Besitzesschutz als einer Konsequenz desselben gelange, die Frage von den Voraussetzungen des Besitzes also rein der Anschauung desjenigen tatsächlichen Verhältnisses der Sache entnehme, welches wir im Leben als Besitz bezeichneten, gelange er zuerst zum Besitzschutz und dann zum Besitz. Die Lehre von den Voraussetzungen des Besitzes sei für ihn nicht durch ihn selbst gegeben, sondern ausschließlich bestimmt durch den praktischen Zweck des Besitzschutzes. Dieser liege darin, daß der Besitzschutz eine notwendige Vervollständigung und Ergänzung des

---

[1] vor § 854, S. 29.
[2] Besitzschutz S. 161 ff.
[3] Besitzschutz S. 143.

Eigentumsschutzes sei, eine dem Eigentümer zugedachte Beweiserleichterung, die aber notwendigerweise dem Nichteigentümer ebenfalls zugute kommen müsse. Der Besitz sei ein an sich juristisch bedeutungsloses Verhältnis, das erst vom Eigentum eine reflektierte juristische Bedeutung erhalte. Besitz ist nach Jhering „Tatsächlichkeit des Eigentums", d. h. ein Verhältnis von Person und Sache, in welchem der Besitzer ohne Rücksicht auf ein ihn deckendes Recht so mit der Sache verfährt, wie es der mit dem Recht ausgestattete Eigentümer tun darf. Das hier interessierende corpus ist „der normale äußere Zustand der Sache, in dem sie ihre ökonomische Bestimmung erfüllt, dem Menschen zu dienen." Er ist „Sichtbarkeit des Eigentums".[1] Dies die Jheringsche Auffassung in großen Zügen.

Jhering erkennt zwar die praktische oder dogmatische Selbständigkeit des Besitzes gegenüber dem Eigentum vorbehaltlos an, nur die legislative oder rechtsphilosophische Beziehung beider Institute sei eine andere. In den Quellenstellen, die die scharfe Trennung von Eigentum und Besitz betonen, ist zwar nur praktisches Recht gegeben. Was aber, darin muß unbedingt Goldschmidt [2] zugestimmt werden, wäre das für ein legislatives oder rechtsphilosophisches Prinzip, welches sich im praktischen Rechte nicht nur nicht bewährt, sondern überall die energischste Zurückweisung erfährt! Und was bedeutet „Sichtbarkeit" des Eigentums? Vermag man einer besessenen Sache anzusehen, in wessen Eigentum sie steht? Konnten doch schon im römischen Rechte Eigentum und Besitz auseinanderfallen. Auf die gegen Jherings Auffassung von Besitz im weiteren und corpus = heutiger tatsächlicher Gewalt im engeren Sinne sonst noch vorgebrachten Gründe kann, soweit diese im römischen Recht wurzeln und für dasselbe Bedeutung haben, auf die sorgfältigen Erörterungen von Goldschmidt verwiesen werden.[3] War seine Ansicht danach schon für das frühere Recht abzulehnen, so trifft sie heute vollends nicht zu. Bei den sog. Fremdbesitzern des geltenden Rechts — der Eigenbesitz ist heute nur Spielart und nicht mehr Grundtatbestand der gesamten Besitzverhältnisse — versagt die Theorie vollständig. Ferner müßte sich an den Besitz, wenn im Besitzer praktisch der Eigentümer geschützt werden sollte, die juristische Präsumtion des Eigentums knüpfen.[4] Dies ist heute nicht der Fall. Im Grundstücksverkehr, dem wichtigsten Gebiet der Besitzprozesse, knüpft sich nur an den Grundbucheintrag, nicht an den Besitz die Vermutung des Eigentums. An den gesetzlich zulässigen Teilbesitz des § 865 BGB. kann sich nicht eine Eigentumsvermutung knüpfen, da § 93 BGB. das Eigentum an wesentlichen Bestandteilen

---

[1] Besitzschutz S. 144, 210.
[2] Vermischte Schriften S. 150.
[3] Vermischte Schriften S. 119 ff.
[4] Goldschmidt a. a. O. S. 150; Ganz S. 45.

für unzulässig erklärt. Die Eigentumsvermutung des § 1006 BGB. gilt im Falle des mittelbaren Besitzes nur für den mittelbaren Besitzer. Warum wird hier dem schwächeren Besitz die stärkere Wirkung der Vermutung verliehen? Die „Tatsächlichkeit des Eigentums" zeigt sich doch beim unmittelbaren Besitz viel mehr als beim mittelbaren.[1] Ja, nicht einmal eine tatsächliche Eigentumsvermutung wird sich im Verkehr immer nur an den Besitz knüpfen. Schon die Eintragung im Adreßbuch dient als Grundlage für diese Vermutung. Die Uebergabe von Symbolen kann Schein des Eigentums hervorrufen, ohne Besitzübertragung darzustellen.[2] Genug der Belege dafür, daß die bekämpfte Theorie auf das heutige Recht nicht zutrifft.

Mit Savigny und Jhering haben wir diejenigen Autoren kennen gelernt, die maßgebend für eine gewisse Gruppenbildung innerhalb der Lehrmeinungen über die Begriffe des Besitzes und Besitzkorpus sind. Eine Reihe anderer, die nur Modifikationen der behandelten Lehren geben, bedürfen nur kurzer Erwähnung. Savigny steht nahe die schon oben abgelehnte Theorie Windscheids sowie die Randa's.[3] Letzterer löst die physische Herrschaft als Einwirkungsmöglichkeit in die Möglichkeit faktischer Verfügung auf, die nach einmal erfolgter Unterwerfung der Sache so weit reiche, als man erfahrungsgemäß unseren Herrschaftswillen gewöhnlich respektiere, sei es aus Gründen physischer, rechtlicher oder moralischer Art. Neben dem Bemühen, den Savignyschen Gewaltbegriff zu vergeistigen, ist hier auch noch eine Verwandtschaft mit Goldschmidt[4] erkennbar, der rein nach der Verkehrsanschauung das Vorliegen der tatsächlichen Gewalt behandeln will. Das Erforderliche ist zu alledem schon gesagt.

An Jhering schließen sich folgende an: Zunächst Strohals[5] Definition: Der Besitztatbestand ist nach ihm „ein mit auf Dauer veranlagter Ausübung des Eigentums beginnender Zustand, dessen durchhaltendes Element durch das fortdauernde Dasein einer bei allem Wechsel mit der Aussicht auf Fortsetzung der begonnenen Ausübung des Eigentumsinhalts vereinbar bleibenden Sachlage gebildet wird". Ist schon der Wert dieser Definition aus sprachlichen Gründen sehr zweifelhaft, so trifft auch der Ausgangspunkt, die angeblich nur vom Eigentum reflektierte Bedeutung des Besitzes, wie dargelegt, nicht zu.

Pininski[6] bekämpft zwar Savignys Herrschaftstheorie, macht sich jedoch selbst nicht frei davon, wenn er definiert: „Der Besitz ist das tatsächliche Dienen der Sache einer gewissen Person". Er will hiermit ebenso wie Jhering die wirtschaftliche Seite des Besitzes

[1] Ganz S. 46.
[2] Leonhard, Lehrb. S. 115.
[3] Randa, Der Besitz S. 3.
[4] Vereinigte Schriften S. 78.
[5] Succession S. 66 ff.
[6] Tatbestand S. 26.

in den Vordergrund stellen, jedoch läßt sich, worauf Zoll in seiner Besprechung des Pininskischen Buches hinweist,[1] sehr leicht aus dem „tatsächlichen Dienen der Sache" das „Sichdienstbarmachen" und damit das „Beherrschen" ableiten, womit man auf die bekämpfte Savignysche Lehre käme. Auch gibt es Fälle, in denen die Sache der Person nicht mehr dient, obwohl sie den Besitz noch daran hat. So dient ihr ein Grundstück, wenn die Zugänge dahin durch Ueberschwemmung, oder Einsturz einer Brücke versperrt sind,[2] ebensowenig mehr, wie wenn sie sich auf einer längeren Reise befindet. Die Auffassung Pininskis, daß zum Besitzerwerb körperliche Behandlung der Sache gehöre, zwingt ihn, in jedem Falle des Besitzerwerbes ohne eine solche eine Ausnahme zu sehen Dies entspricht weder den Quellen[3] noch dem praktischen Bedürfnis.

C. Eigene Ansicht: Tatsächliche Gewalt ist erkennbare Verwendungsbereitschaft.

So zeigt schon eine, wenn auch notwendig nur summarische Behandlung der über das Wesen der tatsächlichen Gewalt vertretenen Lehrmeinungen, daß keine derselben den an eine Begriffsbestimmung zu stellenden Anforderungen genügen kann. Einen Fortschritt dürfte die von Leonhard[4] geprägte Begriffsbestimmung: „die tatsächliche Gewalt besteht aus Umständen, wonach Sachen zur Verwendung jemandes (= Verwertung mittels Gebrauch oder Veräußerung) bereit erscheinen," darstellen. Das eine Element dieser Definition, die Verwendungsbereitschaft, hat Bezug auf die wirtschaftliche Bedeutung des Besitzes. Sie, und nicht das äußere Verhältnis, gibt uns die Beantwortung der Frage, wann tatsächliche Gewalt und Besitz vorliegt. Insofern ist durchaus Jhering[5] beizupflichten. Seine zur Illustrierung dieser Ansicht gewählten Beispiele sind von gewohnter Treffsicherheit. Wem der Hut in ein im Wasser ausgestelltes Fischnetz fällt, der wird ihn herausnehmen, weil er sich sagt, nach der wirtschaftlichen Bestimmung des Netzes diene dieses nicht dazu, ins Wasser gefallene Hüte aufzufangen und den Netzsteller zum Besitzer der Hüte zu machen. Er wird sich aber hüten, einen ins Netz gefangenen Fisch herauszunehmen, weil die Fische wirtschaftlich für den Netzsteller bestimmt sind und daher in seiner tatsächlichen Gewalt stehen.[6] Oder, um ein weniger scherzhaftes Beispiel zu bringen: Die im Walde verlorenen Wertsachen müssen ihrer wirtschaftlichen Bestimmung nach als besitzlos angesehen werden, da nichts mehr auf ihre Verwendungsbereitschaft hindeutet, die dort

[1] Grünhuts Ztschr. Bd. 13 S. 256.
[2] Savigny S. 340.
[3] Kipp zu Windscheid § 153 N. 8.
[4] Zuerst in Birkm. Enzykl. S. 122, jetzt auch Lehrb. S. 115.
[5] Besitzwille S. 483.
[6] Jhering, Besitzwille S. 484.

aufgestellten Fangeisen[1] und Wildfutterkrippen dagegen sind verwendungsbereit, da ihre ökonomische Bestimmung die Wahl ihres Aufstellungsortes beeinflußte. Wenn Jhering aber meint, Besitz sei das tatsächliche Verhältnis der Person zur Sache, welches durch den Zweck ihrer wirtschaftlichen Verwendung geboten sei, so kann dem nicht zugestimmt werden. Auch eine Sache, die ich in einer ihrer Bestimmung durchaus nicht entsprechenden Weise behandele, befindet sich noch in meinem Besitz. Soll Besitz nicht mehr vorliegen an der Badewanne, in der ich — es ist noch nicht lange her, daß derartige Fälle vorkamen — ein Schwein halte, an dem abgetragenen Anzug, der mir als Vogelscheuche dient, an dem Spazierstock, den ich zum Feuerschüren verwende? Die Polemik Jherings gegen Dernburg,[2] der Mann, der so handele, sei ein Narr, und Narren solle man nicht zu Hilfe rufen, um eine Theorie, die auf vernünftige Leute zugeschnitten sei, zu widerlegen, geht also fehl, denn Fälle wie die soeben gebildeten lassen sich vielfach, auch außerhalb des Hauses,[3] denken. Wird die Sache freilich zweckgemäß behandelt, so läßt sich der Schluß auf ihre Verwendungsbereitschaft umso leichter ziehen.

Ein wesentlicher Unterschied zwischen Jhering und der hier vertretenen Ansicht besteht sodann im folgenden. In dem Besitzer will Jhering nach seiner bekannten Ansicht den Eigentümer schützen. Die Frage, ob Besitz anzunehmen sei, soll sich danach beantworten, ob die Sache in einer solchen Lage sei, wie sie der Eigentümer normalerweise zu behandeln pflege. Dazu ist folgendes zu sagen. Den Fällen des Fremdbesitzes können Rechtsverhältnisse zugrunde liegen, die die denkbar geringsten Befugnisse, mit der besessenen Sache zu verfahren, gewähren. Ein objektiver Zuschauer müßte daraus, daß der Besitzer in solchem Falle nur geringe wirtschaftliche Verwendungsmöglichkeiten hat, schließen, daß keine tatsächliche Gewalt vorläge, da das Eigentum doch die umfassendsten Befugnisse gewähren soll. Unterscheidungsmerkmal der tatsächlichen Gewalt ist aber nicht eine auf den vermutlichen Eigentümer bezügliche Verwendungsbereitschaft, sondern ein auf alle Tatbestände des Besitzes, Eigen- wie Fremdbesitz, rechtmäßigen und unrechtmäßigen Besitz, Verwaltungs- und Nutzbesitz zutreffendes wirtschaftliches Verhältnis. Nicht die Frage nach dem Recht, nicht die nach dem ⟨wie weitgehenden?⟩ Willen zur Benutzung oder die nach der objektiven Zweckbestimmung der Sache darf in dieses Verhältnis hineingetragen werden. Ja nicht einmal die jederzeitige Möglichkeit der Verwendung ist begriffliches Erfordernis der Verwendungsbereitschaft.

---

[1] a. a. O. S. 482.

[2] Pand. § 178 Anm. 5.

[3] Jhering meint, die Aufbewahrung einer Sache genüge, um das wirtschaftliche Verhältnis, das er im Auge habe, herzustellen, gleich, wie die Benutzungsart im einzelnen sei, und will damit Dernburgs gegen das Zweckmoment gerichteten Einwände entkräften.

Wir sprachen oben ‹S. 21› davon, daß innerhalb des Begriffes der tatsächlichen Gewalt veränderliche Größen vorhanden sein müssen, da die wechselnden sozialen Bedingungen auch die Frage, wann Besitz vorliegt, stark beeinflussen. Diese Größe haben wir in dem Begriffselement Verwendungsbereitschaft. Wer eine Sache als Besitzer verwenden kann — nicht im Sinne jederzeitigen positiven Könnens oder rechtlichen Dürfens, sondern im Sinne eines zwischen Person und Sache geknüpften wirtschaftlichen Bandes — das muß das Gemeinbewußtsein, die unter Ausstrahlungen des Rechtes, der Sitte und Moral stehende Volksanschauung beurteilen. Sie vermag dies auch, wenn das zu erklärende Element den Namen der Verwendungsbereitschaft und nicht den der tatsächlichen Gewalt trägt.

Außer diesem beweglichen ist als festes Element der tatsächlichen Gewalt noch die objektive Erkennbarkeit zu fordern.[1]› Bei den vielfältigen, im modernen Leben bestehenden Rechtsbeziehungen, würde ein Schutz von Rechtspositionen, der nur auf staatlichem Zwang oder staatlicher Drohung beruht, wirkungslos sein. Die sicherste Gewähr für Achtung fremder Rechtssphäre liegt im Bewußtsein und Anstandsgefühl der Rechtsgenossen selbst. Verlangt man solches Verhalten gemeinhin, so muß man auch den Rechtsgenossen die Möglichkeit geben, zu erkennen, wo die fremde Rechtssphäre beginnt. In ganz besonderem Maße muß dies beim Besitz gefordert werden. Da der Besitzschutz sich an äußere Momente anknüpft, muß man auch die objektive Erkennbarkeit dieses äußeren Verhältnisses selbstverständlich vom Standpunkte eines sich in gehöriger Weise dafür interessierenden Zuschauers, verlangen. Dem Schluß auf Vorliegen der Verwendungsbereitschaft braucht sich nicht notwendig der auf Verwendungsbereitschaft zugunsten eines bestimmten zu verbinden. Wo die Möglichkeit besteht, die Zugehörigkeit einer Sache zu verschiedenen Wirtschaftskreisen zu vermuten, ist doch noch das Vorhandensein von tatsächlicher Gewalt anzunehmen. Es findet, wie Heymann [2]› sagt, eine Respektierung zugunsten dessen, den es angeht, statt. Fälle dieser Art sind der Besitz am Handwagen auf offener Straße, am Gepäck im Wartesaal, am Losholz im Walde.[3]›

Zusammenfassend wird also tatsächliche Gewalt definiert als „Vorliegen von Umständen, wonach die Verwendungsbereitschaft einer Sache zugunsten jemandes objektiv erkennbar ist." Es wird hier eine leichte Abweichung von der Leonhardschen Formulierung insofern gemacht, als die Worte „verwendungsbereit erscheint", durch die das Wesen des einen Begriffselementes noch stärker herausstellende „objektive Erkennbarkeit" ersetzt werden.

[1]› Jhering, Besitzschutz S. 180 ff. wies zuerst auf deren Bedeutung hin.
[2]› Traditionspapiere S 157.
[3]› Dies gegen Rosenberg § 854, 1 e u. a., die Erkennbarkeit als nicht begriffsnotwendig bezeichnen, da man einer Sache nicht ansehen könne, in wessen Besitz sie sich befinde.

Es muß behauptet werden, daß sich mit dieser Definition im allgemeinen brauchbarere Ergebnisse als mit anderen erzielen lassen. Wenn auch der Schluß auf das Vorliegen eines tatsächlichen Gewaltverhältnisses nicht immer ganz einfach ist, und auch dem Juristen hierbei Fehler unterlaufen können, so ist doch mit einer Definition, die in Zweifelsfällen eine einigermaßen sichere Handhabe bietet, schon viel gewonnen.

Auch in der Systematik des Gesetzes findet die Definition zumindest nicht ihre Widerlegung, vielleicht sogar ihre Rechtfertigung. Die Bestimmung des § 854 II BGB., wonach beim Erwerb des Besitzes durch Vertrag mit dem früheren Besitzer die Möglichkeit, die Herrschaft zu erlangen, genügt, bereitet keine Schwierigkeiten. Ein Wechsel des Besitzers ist, wenn beide gleich nahe bei der Sache sind, ohne einen für Dritte erkennbaren Vorgang möglich.[1] Wenn aber Ganz[2] meint, daß Aufgabe des Besitzwillens auf der einen und Fassung des Besitzwillens auf der anderen Seite hierzu erforderlich seien, so ist dies irrig. Maßgebend ist nur die für den Erwerber geschaffene Aufsichtsmöglichkeit, deren Voraussetzung ist, daß er sich für den Besitzer halten darf, weil das räumliche wirtschaftliche Verhältnis vorhanden, und die notwendige Einigung geschlossen ist. Trotz gültiger Einigung könnte ja der Uebertragende den Besitzwillen noch haben, dieser wäre aber als geheimer Vorbehalt unbeachtlich.

Zu streifen sind dann noch die Probleme der Besitzdienerschaft des § 855 und der sog. „momentanen Detention." Es gibt hier verschiedene Erklärungsmöglichkeiten. Man mag § 855 für eine Ausnahmevorschrift halten, da er trotz Vorliegens der tatsächlichen Gewalt Besitz verneint,[3] also auch die Verwendungsbereitschaft ausschließt, man mag das Haben und Ausüben der tatsächlichen Gewalt unterscheiden und in der letzteren Wendung des Gesetzes gerade eine Bestätigung dafür finden, daß jedem, der die tatsächliche Gewalt hat, die Sache verwendungsbereit ist.[4] Es ist sodann auch nichts dagegen einzuwenden, in den Begriff der tatsächlichen Gewalt noch das Moment der Selbständigkeit hineinzubringen.[5]

Bei Anlehnung an jede dieser Meinungen läßt sich unsere Begriffsbestimmung halten. Da sich am Ergebnis nichts ändert, kann auf kritische Stellungnahme verzichtet werden. Am zweckmäßigsten erscheint es, Selbständigkeit der Herrschaft zu fordern, da damit auch die Fälle der beaufsichtigten Inhabung (momentaner Detention), z. B. Benutzung von Eßbestecken im Gasthaus, ihre klarste Abgrenzung erfahren.

---

[1] Heymann a. a. O. S. 157.
[2] S. 57.
[3] Leonhard, Vertretung beim Fahrniserw. S. 63.
[4] Ganz S 64.
[5] Leonhard, Lehrb. S. 115.

§ 7.

Das Problem des Besitzwillens als Element der Erlangung oder Fortdauer der tatsächlichen Gewalt.

Von entscheidender Bedeutung für die Stellungnahme zum Problem der Arbeit ist die schon oben angeschnittene Frage, ob dieser nun gegenständlich begrenzten tatsächlichen Gewalt Willensmomente innewohnen. Diese Frage kann im Zusammenhang mit dem Besitzerwerb und in dem mit der Fortdauer des Besitzes, dem Besitztatbestand, gestellt werden. Für Fortdauer der tatsächlichen Gewalt wird dauerndes Vorhandensein eines entsprechenden Willens ausdrücklich wohl nirgends verlangt. Damit jedoch die Ueberflüssigkeit einer Prüfung der Ansichten über das Willensmoment bei Erlangung der tatsächlichen Gewalt begründen zu wollen, da es sich hier doch darum handele, die Auswirkungen dieses Problems auf die Besitzstörung, d. h. einen Eingriff in bereits bestehenden Besitz zu untersuchen, wäre verfehlt. Die Verfechter der Besitzwillenstheorie stellen, indem sie zur Erlangung der tatsächlichen Gewalt einen darauf gerichteten Willen fordern, mehr oder minder deutlich auch für deren Fortdauer das Erfordernis des Willens auf. So sagt Endemann [1] zunächst, daß das BGB. bei jedem Besitzerwerbe das willentliche Handeln des Erwerbers voraussetze. Wer die Rechtsstellung und den Schutz eines Besitzers beanspruche, brauche bloß die Verwirklichung seiner Sachherrschaft in ihrem äußeren Tatbestande zu beweisen. Damit aber, so meint Endemann,[2] sei der auf dem Gesetz und der allgemeingültigen Rechtsanschauung beruhende Satz nicht ausgeschaltet, daß erst der Wille die bloße räumliche Anlagerung einer Sache zur Erlangung der tatsächlichen Gewalt stempele, und daß der Grund der sozialen Anerkennung und des rechtlichen Schutzes eines Besitzverhältnisses darin liege, daß sich in der äußeren Gewalt das Wollen der Sachherrschaft ausprägt. Aehnlich auch Bruns [3]: „Besitzesstörung, Verübung verbotener Eigenmacht, ist nur dann zu konstatieren, wenn dem Besitzer die Ausübung seines Herrschaftswillens beeinträchtigt wird . . . Der Wille des Besitzers ist, wie für die Existenz des Besitzes überhaupt, so insbesondere für Besitzstörung und Besitzesschutz das maßgebende Moment . . . Es kann keine Besitzstörung vorliegen, wo gar kein Besitzwille vorhanden ist." Schließlich Mosich [4]: „Beim Grundbesitz kann daher nur eine Besitzstörung in Frage kommen durch Handlungen, die die Betätigung des Willens des Grundbesitzers in seinem Gewaltgebiet hindern oder einschränken."

[1]) Lehrb. § 34 Anm. 4.
[2]) a. a. O. § 34 b.
[3]) Besitzerwerb S. 56.
[4]) Das Grundeigen S. 325.

Es ist angesichts dieser Wendungen verständlich, wenn Rosenberg [1] vermutet, daß die ganze Frage nicht mit einem so überreichen Aufwande an Zeit und Kraft erörtert worden wäre, wenn nicht das römische Recht zum Besitzerwerbe corpus und animus erfordert hätte. Endemann [2] verstärkt diese Vermutung zur Gewißheit, indem er sich zur Unterstützung seines Eintretens für die Besitzwillentheorie auf Goldschmidt [3] beruft. Nach Goldschmidt ist der juristische Besitz nicht ein betätigter Wille, sondern eine unter Ausschließung anderer gewollte ‹tatsächliche› Macht. Das Besitzkorpus aber ist nicht verkörperter Wille, sondern lediglich tatsächliche Herrschaft, und „nichts läuft der römischen Anschauung mehr zuwider als die Verflüchtigung der Gewalt zu einem mehr oder minder beliebigen Ausdruck des prinzipiell allein in Betracht kommenden Besitzwillens".[4] Ist es Endemann tatsächlich nicht aufgefallen, daß er hier die Auffassung Goldschmidts über die possessio der Römer zur Stützung seiner eigenen Ansicht über die Erlangung der tatsächlichen Gewalt des BGB. verwenden will, während er doch vergleichsweise nur das corpus, einen Bestandteil der possessio, hätte heranziehen dürfen?

Eine Reihe von Autoren verlangt zur Erlangung der tatsächlichen Gewalt stets einen Besitzwillen.[5] Ob der Wille ein rechtlich qualifizierter oder ein „natürlicher" sein soll, kann unerörtert bleiben. Prüfen wir die Gründe ihrer Ansicht.

Auf die Entstehungsgeschichte des BGB. vermögen sich die Anhänger dieser Ansicht, um dies vorweg zu sagen, nicht zu stützen. In den Motiven [6] wird von der Aufstellung des Willens für die Inhabung des I. Entwurfs, an die der Besitzschutz geknüpft wurde, ganz abgesehen, und der Doktrin die Nachweisung unbenommen, daß doch in allen Fällen des possessorischen Schutzes ein Inhabungswille herausgefunden werden könne. Die zweite Kommission lehnte den Antrag, als Erfordernis des Besitzerwerbes den auf die Erlangung der tatsächlichen Gewalt gerichteten Willen des Erwerbers im Gesetz aufzustellen, teils als bedenklich, teils als entbehrlich ab.[7] Trotzdem glauben die Vertreter der Willenstheorie sich auf den Sprachgebrauch des BGB. beziehen zu können. In dem Ausdruck „erlangen" des § 854 I sei klar das Willensmoment enthalten. Man könne nur etwas erlangen, was man erstrebt, also bewußt gewollt habe.[8] Dem steht der Sprachgebrauch des Gesetzes gegenüber

---

[1] § 854, 2.
[2] a. a. O. § 34 Anm. 7.
[3] Verm. Schr. S. 92, 112, 116.
[4] S. 93 a. a. O.
[5] so Endemann § 34, 1 b; Planck § 854, 2; M. Wolff § 10; Kipp zu Windscheid S. 787 e; Rotering S. 90 ff.; Bruns, Besitzerw. S. 56; Gierke S. 229; Ebbecke im Recht 1913 S. 261 u. a. m.
[6] Mugdan III S. 44.
[7] Mugdan Protokolle Bd. III S. 506.
[8] so Endemann § 34 Anm. 4; Planck § 854, 2; Bekker, D. Besitz beweglicher Sachen, S. 33.

in §§ 121 II, 532, 561 II, 1719, 1736 und anderen. Kann man sagen, daß man die Kenntnis von einem Anfechtungsgrunde, von Voraussetzungen zum Widerrufe einer Schenkung, von der Entfernung von Mietssachen, die man erlangt hat, auch erstrebt, gewollt habe? Erstrebt gar ein uneheliches Kind Legitimation durch Eheschließung seiner Mutter mit dem Erzeuger? Gewiß finden sich — darin ist Endemann zuzustimmen — zahlreiche Stellen im Gesetz, in denen das Erlangen in seinem Sinne gebraucht wird, so §§ 900 I, 926, 927, 1086, 1100. Jedoch sprechen diese Vergleichsstellen überall von Rechten, die durch Willenserklärungen oder schlüssiges Handeln im gesetzestechnischen Sinne erworben werden, nicht von einer auch auf ganz andere Weise erwerbbaren Rechtsposition wie dem Besitz. Auf die Normen, die von Erlangung des Besitzes als Voraussetzung der Erlangung von Rechten sprechen, wie §§ 932 I, 2, 934, 936 I, 2, 1253 II, kann Endemann deshalb keinen Bezug nehmen, weil sie als speziellere Vorschriften doch den § 854 voraussetzen und seinen Sprachgebrauch anwenden.

Ferner macht man geltend, daß der Wille zur Erlangung der tatsächlichen Gewalt nötig sei, weil beim Besitz die Sachberührung auf die Dauer angelegt, und dies je nach der Willensrichtung des Besitzbegründers zu beantworten sei.[1] Wie aber soll das Moment der Dauer beurteilt werden? Soll ich nicht Besitzer des Buches sein, das ich mir für einen Tag entliehen habe? Auch der Gedanke, daß Verhältnisse, die auf die Dauer angelegt sind, nur mit dem Willen jemandes begründet werden könnten, entbehrt der Schlüssigkeit. Das Eigentum ist wohl eines der am meisten auf Dauer angelegten Verhältnisse. Mit dem Eigentumserwerb, der z. B. durch Vermischung ohne Wissen des die Rechtsänderung Bewirkenden erfolgt, mit dem Eigentumserwerb eines Wahnsinnigen an einem von ihm hergestellten Gemälde ist diese Ansicht Wolffs unvereinbar.

§ 867 BGB., der oft im Sinne der Besitzwillentheorie ausgelegt worden[2] ist, besagt doch wohl etwas anderes. Der Abholungsanspruch hinsichtlich einer auf ein fremdes Grundstück geratenen Sache wird nur gegeben, wenn die Sache nicht „inzwischen in Besitz genommen worden ist". Die h. M. macht einen Unterschied zwischen „Besitzerwerb" und „Inbesitznahme." Mit dem Erfordernis der letzteren werde die Betätigung eines Willensaktes des Grundbesitzers verlangt. Es sei gleichgültig, ob ein Besitzerwerb schon vorher ohne sein Zutun stattgefunden habe oder nicht. Der Grund der Vorschrift sei der, daß der Grundbesitzer nur dann von dem Abholungsanspruch des § 867 befreit und den weitergehenden Ansprüchen der §§ 861, 985, 1007 ausgesetzt sein solle,

[1] M. Wolff § 10.

[2] Rosenberg § 867 IV c; Biermann § 867, 1 c; Strohal, Sachbesitz S. 67, Gärtner S. 196; Gierke S. 229; Endemann § 35 Anm. 7, obwohl nicht alle Vertreter der Theorie sind.

wenn diese Willensbetätigung stattgefunden habe. Der Wunsch scheint hier der Vater des Gedankens gewesen zu sein. Es ist gekünstelt, Besitzerwerb und Inbesitznahme zu unterscheiden.[1] Daß die Sache „inzwischen" nicht in Besitz genommen sein darf, bedeutet nicht, wie Rosenberg[2] meint, „nachdem die Sache auf das fremde Grundstück gelangt ist". „Inzwischen" bedeutet nach natürlicher Auffassung nur die Zeitspanne nach dem Herausgelangen aus der Gewalt des Verlierers. Es gibt Fälle, in denen bereits das Gelangen auf ein fremdes Grundstück zum Besitzerwerb, also auch zur Inbesitznahme, genügt. Man denke an das Ueberfliegen eines Huhnes, das sich in die Hühnerschar des Nachbarn einreiht. In anderen Fällen, wie beim Ueberfliegen von Tennisbällen oder eines Hutes, wird diese Tatsache allein nicht zum Besitzerwerb genügen. Der Grund hierfür liegt darin, daß hier eben das auf wirtschaftlichen Erwägungen beruhende Herrschaftsverhältnis noch nicht hergestellt ist, daß die Sache noch nicht verwendungsbereit erscheint. So fügt sich die Vorschrift zwanglos in unsere Theorie der tatsächlichen Gewalt ein. Da ihre praktische Bedeutung gering ist, sollte sie überhaupt nicht als wesentlicher Beleg für die Besitzwillentheorie dienen.

Schließlich hat man mit Aufstellung des Besitzwillens als begrifflichen Elementes des Besitzerwerbs geglaubt, einer Forderung der Billigkeit nachzukommen. Kipp zu Windscheid[3] meint sogar, zur Unterscheidung des Besitzers vom Nichtbesitzer werde man bei Absehen vom Willen zu schlimmeren Willkürlichkeiten seine Zuflucht nehmen müssen, als die gemeinrechtliche herrschende Meinung bei Annahme des Willens verübt zu haben beschuldigt werde.

Es sind im allgemeinen lediglich einzelne Schulfälle, die in diesem Zusammenhang immer wieder Gegenstand der Erörterungen sind. Einem Schlafenden werden Sachen in die Tasche gesteckt, es fängt sich Wild in Fallen, die von dem Jagdberechtigten oder einem Unbefugten gestellt sind, für andere bestimmte Briefe oder Unrat werden in den Briefkasten geworfen. Oder: Es werden Kohlen vor einem Miethause, in dem zwanzig Familien wohnen, abgeladen, während der Abwesenheit des Hausbesitzers werden unbestellte Waren oder Geschenke, von denen er nichts weiß, abgegeben. In diesen Fällen, heißt es, könne doch nur Besitz erworben werden, wenn der Wille dazu vorhanden sei.

Es genügt selbstverständlich zum Besitzerwerb nicht, daß die Sache in das rein räumliche Herrschaftsgebiet gelangt ist. Aber ebensowenig ist ein betätigter Willensakt zum Erwerbe notwendig. Den Ausweg aus dem Dilemma gibt uns das Erfordernis der Aufsichtsmöglichkeit, das an Stelle des Besitzwillens zu setzen ist.

---

[1] Zustimmend: Planck § 867, 2 b.
[2] § 867 IV c.
[3] S. 787.

Der Schlafende, dem Sachen in die Taschen gesteckt werden, erwirbt Besitz, da für ihn Aufsichtsmöglichkeit besteht. Wolff[1] will hier ein Bedürfnis verneinen, da der Schläfer gegen Angriff auf seine Person genügend durch das Notwehrrecht des § 227 BGB. gedeckt sei. Man variiere aber den Fall dahin, daß Freunde etwa in einem Eisenbahnabteil neben den Schläfer ein Geschenk legen und dann das Abteil verlassen. Der Schläfer wacht auf und sieht gerade einen Dieb mit seinem Geschenk verschwinden. Was hilft ihm hier das Notwehrrecht? Seine Person ist nicht bedroht. Nach Wolffs Meinung auch nicht das Rechtsgut des Besitzes. Also sprechen auch praktische Gründe hier für Annahme eines Besitzerwerbes.

Stellt ein Jagdberechtigter Fallen, so erwirbt er Besitz an dem gefangenen Wild, ohne daß man, wie viele hier tun, einen im voraus erklärten Besitzwillen zu statuieren braucht. Er weiß, wo die Fallen liegen und hat damit die Aufsichtsmöglichkeit darüber. An dem vom Wilderer gefangenen Wild erwirbt er dementsprechend erst den Besitz, wenn er den Aufstellungsort der Fallen kennt oder von dem Fang weiß.

Von den Schriftstellern, die den Fall des Abladens von Kohlen vor einem großen Miethause behandeln, wird angenommen, hier könne erst der Wille des Mieters, der bestellt habe, das räumliche Band zwischen den Kohlen auf der Straße und seiner Person zu der tatsächlichen Gewalt des Gesetzes erstarken lassen[2]. Wie aber, wenn dem Besteller eine Sorte Kohlen gebracht wird, die er nicht haben und nicht verwenden will. Setzen wir den Fall, der Kutscher des Kohlengeschäftes gabe ihm seinen Bestellzettel und entferne sich. Der Mieter sieht erst, nachdem der Mann fort ist, daß ihm andere Kohlen geliefert sind. Er wäre nach der h. M. bis zur Rückholung der Kohlen schutzlos, jeder könnte sie mitnehmen, denn der Mieter „will" ja nicht besitzen. Nein, er ist Besitzer, die Kohlen erscheinen verwendungsbereit für ihn, und er hat die von seinem Wissen getragene Aufsichtsmöglichkeit. Insofern ist ein subjektives Element im Gewaltbegriff mitunter anzuerkennen, als ohne ein Wissen in Einzelfällen keine Aufsichtsmöglichkeit besteht. Doch ist der Wille weder unbedingtes Erfordernis der Erlangung der tatsächlichen Gewalt, noch gelegentlich notwendig. Ich besitze auch den Hund, den ich nicht verlagen kann[3]. Ich besitze auch den in meinen Briefkasten geworfenen Unrat — hier besteht sogar ein Bedürfnis, insofern, als die Feststellung des Täters mir sehr erwünscht ist — ich besitze auch die jungen Hunde, mit denen mich meine Hündin sehr gegen meinen Willen beschenkt hat.[4]

Das Ergebnis widerspricht keineswegs der Billigkeit. Wenn man einwendet, es würde im Einzelfall ein Besitz vom [illegible]

[1] § 10.
[2] Biermann § 854, 3; Jung S. 425; Ganz S. 57; Cosack § 6, 2.
[3] Leonhard, Lehrb. S. 116.
[4] Rosenberg § 854, 2.

aufgezwungen, den der Betreffende gar nicht haben will,[1] so ist dies weit eher erträglich, als in Fällen, in denen ein Besitzschutz nötig, ein Besitzwillen aber nicht konstruierbar ist, den Schutz zu versagen. Wer ohne Rücksicht auf seinen Willen Besitz erworben hat und sich beschwert fühlt, der mag den Besitz durch nach außen erkennbare Handlungen aufheben, d. h. die Erkennbarkeit der Verwendungsbereitschaft zerstören. Bis dahin hat der Verkehr ein Anrecht darauf, ihn, für den die Sache als verwendungsbereit erscheint, auch als Besitzer betrachten zu dürfen. So wird die Tierhalterhaftung aus § 833 BGB. für den Hund, den der Herr nicht verjagen kann, so lange fortdauern, als der Hund noch die Gewohnheit, die Nähe seines Herrn aufzusuchen, hat.

Die Entscheidung dieser Fälle richtet sich auch gegen eine andere weit verbreitete Meinung, die den Besitzwillen für eine unter Umständen, aber durchaus nicht immer erforderliche Voraussetzung für Erlangung der tatsächlichen Gewalt hält.[2] Die Meinung gründet sich nicht auf dogmatische Argumente, sondern darauf, daß theoretisch die Erlangung der tatsächlichen Gewalt genüge, daß diesen Erfolg aber in Einzelfällen nur der Besitzwille neben den anderen Erfordernissen herzustellen vermöge. Es ist, wie wir gesehen haben, nicht notwendig, aus den Fällen diesen Schluß zu ziehen.

Dernburgs[3] Mittelmeinung, der grundsätzlich das Willenserfordernis bejaht — „der Wille ist der Schöpfer des Besitzes" — diesen durch den Willen vermittelten Besitz aber als vollkommenen Besitz und den ohne Wissen und Wollen entstandenen als Nebenform bezeichnet, steht im direkten Gegensatz zum Gesetz, das zwar die Frage, ob zum Entstehen oder Fortbestehen des Besitzes der Wille erforderlich sei, der Wissenschaft zur Beantwortung überlassen, jedoch die Wirkungen des einmal entstandenen Besitzes einheitlich gestaltet hat. Dernburgs Theorie hat auch nirgends Zustimmung erfahren.

Eine letzte Gruppe von Schriftstellern hält einen Besitzwillen für erforderlich, will ihn aber regelmäßig unterstellen oder vermuten.[4] Das Gesetz setze ihn als selbstverständlich voraus, oft genüge ein genereller, im voraus, auch durch schlüssige Handlungen erklärter, Wille. Diese Auffassung leitet sich aus dem unrichtigen Ausgangspunkte her, daß das rein räumliche Beziehungsverhältnis nicht genüge, um Besitz herzustellen, und man d a h e r den Willen präsumieren müsse. Verneine ich den Besitzwillen, so beschränke ich mich noch nicht darauf zu sagen, daß ein räumliches Beziehungsverhältnis zum Besitzerwerb genüge, denn Raum- und Willensverhältnis sind nicht

---

[1] Staudinger § 854 I, 2 b.

[2] Biermann § 854, 3 c; Strohal, Sachbes. S. 67; Leonhard, Vertretung S. 69; anders Lehrb. S 116; Gärtner S. 129; Crome § 345; Rosenberg § 854, 2.

[3] Lehrb. §§ 17, 18.

[4] Staudinger § 854 I, 2; Cosack-Mitteis § 6; Bekker, Zur Reform des Besitzrechts, Jherings Jahrb. Bd. 30 S. 324.

die einzig möglichen Beziehungen zwischen Person und Sache. Das Raumverhältnis muß nach der hier vertretenen Auffassung erst zu einem wirtschaftlichen Beziehungsverhältnis werden, um Besitz annehmen zu können, die Sache muß erkennbar verwendungsbereit sein. Der „allgemeine Besitzwille" entspricht aber auch andererseits sehr oft nicht der vernünftigen Lebensauffassung. Das Ergebnis ist also folgendes: Willensmomente spielen für die Theorie des Besitzschutzes — von dem Eigenbesitz des § 872, der nur bedeutsam für den Eigentumserwerb ist, sehen wir bewußt ab — in keinem Falle eine Rolle. Die Erlangung der tatsächlichen Gewalt wie ihr Fortbestehen beurteilen sich unabhängig vom Willen des Besitzers.

IV. Kapitel: Die Folgerungen: Besitzstörung ist nur eine Einwirkung, die einen Eingriff in die tatsächliche Gewalt darstellt.

§ 8.

Ausgangspunkt und Methode der Verwertung der bisherigen Ergebnisse.

Ebensowenig wie den Begriff des Besitzes definiert das Gesetz den Begriff der Besitzstörung. Während wir aber im römischen und gemeinen Recht darauf angewiesen waren, von praktischen Fällen auszugehen, um hieraus den Begriff zu entwickeln, ermöglicht es uns unser Rechtssystem, den umgekehrten Weg zu gehen.[1] Soll der Sinn, d. h. der innere Sinn eines vom Gesetz nicht authentisch interpretierten Ausdrucks festgestellt werden, so gehen wir zunächst vom Wortsinn, d. h. dem Sprachgebrauch des Volkes aus. In den seltensten Fällen würde jedoch diese Prüfung ausreichen. Zumal würde dies bei der Besitzlehre, die mit zu den schwierigsten des gesamten Privatrechts zählt, keineswegs genügen. Wir versuchen also, unsere Auffassung durch weitere Gründe zu stützen und zwar durch die Betrachtung der geschichtlichen Entwicklung des in Frage kommenden Rechtsinstituts, die uns sehr oft wertvolle Aufschlüsse gibt, und vor allem durch Prüfung der Stellung, die der auszulegende Begriff im Gesamtzusammenhang des Rechts einnimmt. Die modernen Gesetzbücher sind in stärkerem Maße als die früheren bemüht, dem Gedanken der Einheit des Rechts zu dienen und ihre Vorschriften nicht in einem zufälligen Nebeneinander der Gesetzesanwendung darzubieten, sondern sie zu einem sinnvollen System zusammenzuschweißen. Aus dem System den leitenden Gedanken aufzuzeigen, aus ihm den Sinn des streitigen Ausdrucks abzuleiten, ist Aufgabe dieser Methode der Auslegung. Wir würden aber auf halbem Wege stehen bleiben, wenn wir nicht auch den Gesichtspunkten der

[1] s. zu folgendem Leonhard, Lehrb. S. 8, 9.

„Gerechtigkeit und Kulturförderung“ [1] bei der Auslegung maßgebliche Bedeutung zukommen ließen. Das Ergebnis muß den Anforderungen der Billigkeit, wie sie nach heutiger Anschauung im Verkehrsleben gestellt werden müssen, entsprechen.

Sämtliche Merkmale sind, falls sie nicht einheitlich auf einen bestimmten Gesamtsinn des Begriffes hinweisen, in ihrer Wichtigkeit gegeneinander abzuwägen.

In dieser Art der Auslegung liegt ein großer Fortschritt gegenüber der Methode, aus Gerichtsentscheidungen, die oft unsicher und schwankend sind, erst den Begriff ableiten zu müssen. Wertvoll bleibt es allerdings, den einmal gefundenen Begriff an Entscheidungen oder Lehrfällen zu erproben.

Nachdem die geschichtlichen und dogmatischen Grundlagen für Auslegung des Begriffes der Besitzstörung im BGB. herausgearbeitet sind, ist der weitere Weg unseres Vorgehens durch die skizzierte Methode vorgezeichnet.

§ 9.

Der Wortsinn der §§ 858, 862 BGB.

Zunächst der Wortsinn. Das Gesetz sagt in §§ 858 und 862 „Wer den Besitzer . . im Besitze stört“ und „wird der Besitzer . . im Besitze gestört.“ Besitz bedeutet nach unserer Meinung tatsächliche Gewalt. Also ist Störung des Besitzes Störung der tatsächlichen Gewalt, Verletzung des Besitzes = Eingriff in die tatsächliche Gewalt. Was unter tatsächlicher Gewalt zu verstehen ist, wurde erörtert. Jedoch ist von einer Behandlung der Ansicht, daß Besitz = tatsächliche Gewalt ist, abgesehen worden, da eine solche Behandlung eine Spezialuntersuchung bedeuten und zu weit vom Weg der Aufgabe abführen würde. Der Schluß aus dem Wortsinn des Gesetzes ist also nicht schlechthin zwingend.

§ 10.

Ergebnisse der geschichtlichen Betrachtungen.

Anders liegt es mit den Ergebnissen, die eine geschichtliche Betrachtung der Entwicklung der Besitzlehre, insbesondere des Besitzschutzes, zeitigt. Rufen wir uns noch einmal die für das römische und gemeine Recht aufgestellten Definitionen der Besitzstörung ⟨S. 8 und S. 16⟩ ins Gedächtnis zurück. Römisches Recht: „objektiver Eingriff in den Besitzstand, der nicht zur völligen Entziehung der tatsächlichen Gewalt führt, sondern den Besitzer nur im Gebrauche der Sache beeinträchtigt.“ Gemeines Recht: „objektiver Eingriff in die tatsächliche Herrschaft über eine Sache, namentlich in die Verfügung und Benutzung.“ Nach herrschender Meinung ist eine

[1] Leonhard, Lehrb. S. 8.

Aenderung der Auffassung von der Besitzstörung im BGB. gegenüber dem römischen und gemeinen Recht nicht im Begrfflichen, sondern nur in einzelnen Anwendungsfällen — so z. B. der Frage des Bestreitens des gegnerischen Besitzes — hervorgetreten.[1] So kann man folgende Wendungen lesen: „Störung im Besitze ist eine nicht bloß vorübergehende, sondern bis in die Gegenwart fortdauernde Hinderung des Besitzers an dem ihm als Besitzer gewährleisteten Haben und Nutzen der Sache“ [2] oder „wenn nur der Besitz als solcher, das Haben, Gebrauchen, Genießen der Sache beeinträchtigt wird.“ [3] Kommt hiermit deutlich zum Ausdruck, daß man die für das römische und gemeine Recht geltenden Begriffe kritiklos übernommen hat, so ist dies doch nicht weniger der Fall bei der großen Zahl anderer, die es vermeiden, überhaupt zu definieren, und sich mit der Feststellung, daß Besitzstörung jede Beeinträchtigung fremden Besitzes, die nicht zur völligen Entziehung führe, sei, genügen lassen. Unter der Rubrik „als Besitzstörungen sind z. B anzusehen“ werden dann die verschiedenartigsten gemeinrechtlichen und neueren Entscheidungen wahllos aufgezählt. Eine Art der Kommentierung, zu der man sich doch nicht eher entschließen sollte, als die Unmöglichkeit, im Wege der Gesetzesauslegung brauchbare Ergebnisse zu erzielen, feststeht.

Es lag einmal im Wesen der römischen possessio begründet, daß der Besitzschutz eine sehr weite Ausdehnung erfuhr. Wir wiesen schon darauf hin, daß unter dem animus possidendi, dem Kriterium des juristischen Besitzes, der Wille, sich die Sache in der Gesamtheit ihrer Beziehungen anzueignen, zu verstehen ist.[4] Wenn Jhering meinte, daß im Besitzer praktisch der Eigentümer geschützt würde, so traf das im römischen Recht in den meisten Fällen zu, unsere Kritik richtete sich lediglich gegen die Anwendung des Satzes auf das heutige Recht und gegen seine dogmatische Verallgemeinerung. Nun war aber das Eigentum, das dominium, ebenso wie heute das dingliche Recht der Nutzung und Verfügung über eine Sache [5] oder, wie man meist zu sagen pflegt, „das umfassendste Herrschaftsrecht, das man an einer Sache haben kann.“ Das Eigentum umfaßt sämtliche nur möglichen und denkbaren Nutzungen an der Sache, eine Beeinträchtigung solcher Nutzung ist Verletzung des Eigentumsrechtes. Da der Besitz regelmäßig eine vom Eigentum reflektierte Bedeutung hatte, wurden solche als Eigentumsstörungen anzusprechenden Eingriffe auch als Besitzstörungen aufgefaßt. Der Grund der Reaktion der Rechtsordnung gegen die vis lag in der

[1] s. Kothé S. 88 und Schader S. 54 ausdrücklich, mittelbar die große Masse der Schriftsteller durch Erklärung der Verwertbarkeit der gemeinrechtlichen Entscheidungen oder stillschweigende Verwertung.

[2] Bunsen S. 80.

[3] Planck § 862, 2 a. α.

[4] Windscheid-Kipp § 149.

[5] Leonhard, Lehrb. S. 129.

Verletzung des animus possidendi. Verletzt war der Wille des Besitzers, der sich auf Beherrschung der Sache in ihrer Totalität bezog, von dem es auch abhing, in welcher Weise eine einzelne Nutzung durchgeführt wurde. Von diesem Gesichtspunkte aus sind die Quellenstellen, die eine Beeinträchtigung des uti zur Gewährung des Interdikts erforderlich und genügend sein lassen, zu verstehen. Ob es demgegenüber nicht auch vom Standpunkte des römischen und gemeinen Rechts richtiger gewesen wäre, das uti in einem engeren Sinne aufzufassen und nicht in einem solchen, der praktisch dem Besitzer die volle Nutzung gewährleistete, mag hier dahingestellt bleiben. Vor allem war es folgender praktischer Grund, der uns die weite Ausdehnung des i. u. p. und der gemeinrechtlichen Besitzstörungsklage verständlich erscheinen läßt. Im römischen Recht ging die actio negatoria nur gegen den, der auf Grund einer angemaßten Servitut störte.[1] Im gemeinen Recht erlangte sie wohl ein erweitertes Anwendungsgebiet und diente zum Schutze gegen jede partielle Eigentumsverletzung.[2] Jedoch war auch hier die Praxis schwankend. So Erk. des AG. Eisenach vom 11. 9. 1854[3]:

> „Die actio negatoria dient nicht bloß dazu, die Anmaßung einer Servitut oder die Ausdehnung einer solchen über die gebührenden Grenzen hinaus zurückzuweisen, sondern sie schützt gleichmäßig auch gegen andere Eingriffe in das Eigentum, überhaupt gegen jede Störung im freien Gebrauch der Sache."

Demgegenüber Erk. des Ob. Ger. H. für Bayern vom 9. 2. 1878[4], wo die Negatorienklage deshalb zurückgewiesen wird, weil der Beklagte sich ein Gangsteigrecht nicht angemaßt habe, und die Tatsache des Begehens der klägerischen Wiese nicht als ein zur Anstellung der Negatorienklage berechtigter Eingriff in das Eigentum erscheine.

Es ist angesichts dieser Schwierigkeiten nicht verwunderlich, wenn der gestörte Eigentümer die mehr Erfolg versprechende Besitzstörungsklage anstrengte, die ihm auch noch den weiteren Vorteil bot, daß er sein Eigentum nicht zu beweisen brauchte.

Beide Besonderheiten sind im heutigen Recht weggefallen. Auch derjenige, der die Sache nicht in der Gesamtheit ihrer Beziehung beherrschen und nutzen will, insbesondere der Mieter und Pächter, der in den Sachstand eingetreten ist, ist Besitzer. Die Einschränkungen, denen die Eigentumsfreiheitsklage früher unterlag, sind beseitigt, sodaß auch ein praktischer Grund, abgesehen von der Beweiserleichterung, den Eigentümer nicht mehr dazu zu drängen braucht, von den Besitzschutzmitteln Gebrauch zu machen. Vor allem aber eins. Der Grund der Besitzesverletzung liegt heute nicht mehr

---

[1] 1. 2 pr., 1. 4 § 7 D. 8, 5; s. auch Glück Bd. 10 S. 231.
[2] Vangerow Bd. I S. 768; Windscheid-Kipp § 198 Anm. 8.
[3] Seuff. A. 10 Nr. 18.
[4] Seuff. A. 34 Nr. 279.

darin, daß der Wille des Besitzers zur Beherrschung der Sache in den gesamten möglichen oder einzelnen Beziehungen verletzt ist. Das Willensmoment ist, wie für den Besitz, so auch für den Besitzesschutz, gleichgültig. Ist es aber gleichgültig, daß der Besitzer die Sache überhaupt besitzen will, so muß es auch gleichgültig sein, wie er sie besitzen will. M. a. W., der Eingriff in den Besitz, sei es als Besitzentziehung oder Besitzstörung, ist stets unabhängig von der Zweckbestimmung, die der Besitzer der Sache gegeben hat oder in Zukunft geben will, zu beurteilen. Die Zweckbestimmung kann — beim Eigenbesitzer — lediglich aus der Willkür geboren sein, sie kann auch ihre Bindung einem zugrunde liegenden Rechtsverhältnis verdanken. Ob ich aber als Mieter, Pächter, Entleiher oder Verwahrer besitze, das kann und darf für den Besitzschutz keine Rolle spielen. Die den einzelnen Besitzverhältnissen zugrunde liegende Rechtsbasis wird bei der Gewährung des Besitzschutzes gar nicht untersucht. Man würde sonst zwangsläufig zu einer verschiedenen Auffassung vom Wesen der Besitzstörung, je nach der Willensrichtung des Besitzer soder dem zugrundeliegenden Rechtsverhältnis, kommen. So würde man bei Vorliegen eines Pachtverhältnisses eine Besitzstörung bei Beeinträchtigung der Nutzungen, z. B. fortdauernder Schädigung von Pflanzen, annehmen müssen. Bei Vorliegen eines Mietverhältnisses, etwa Miete eines Tennisplatzes, der durch Umgestaltung früheren Nutzlandes geschaffen ist, würde die Störung ein ganz anderes Gesicht tragen, obwohl das „beeinträchtigte" Grundstück dasselbe geblieben ist. Und doch liegt in beiden Fällen in gleicher Weise Besitz vor. Das Verbindende zwischen Mietbesitz und Pachtbesitz ist nicht die Art der Nutzung, nicht der Wille des Mieters oder Pächters zum Besitz schlechthin oder einem in bestimmter Weise ausgenutzten Besitz, auch nicht das zugrunde liegende Rechtsverhältnis, sondern lediglich das Faktum der tatsächlichen Gewalt, das überall gleichmäßig in Erscheinung tritt. Mußten wir für das römische Recht feststellen, daß Besitzwille und rechtliche Elemente maßgeblichen Einfluß auch auf den Besitzesschutz hatten, so müssen wir mit aller Deutlichkeit aussprechen, daß beides nach unserer Meinung im heutigen Besitzbegriffe fehlt. So weist uns die abweichende Entwicklung, die die Besitzlehre in diesem Punkte genommen hat, darauf hin, daß nur ein Eingriff in das allen Besitzverhältnissen Gemeinsame, in die tatsächliche Gewalt, Besitzschutzrechte auslöst.

§ 11.

Das Wesen des Eingriffs in die tatsächliche Gewalt und seine Abgrenzung gegenüber der Entziehung der tatsächlichen Gewalt.

Es soll jedoch hiermit nicht an die Stelle einer Unbekannten, nämlich des Eingriffs in das Gebrauchen, das „Haben und Nutzen" der Sache, eine andere in Gestalt des „Eingriffs in die tatsächliche Gewalt" gesetzt werden. Es genügt nicht, auf die oben gefundene

Definition der tatsächlichen Gewalt: „Vorliegen von Umständen, wonach die Verwendungsbereitschaft einer Sache zu Gunsten jemandes objektiv erkennbar ist", zu verweisen. Wir müssen vielmehr noch ein Bedenken, das hiergegen geltend gemacht werden könnte, aus dem Wege räumen.

Man könnte, wie folgt, deduzieren. Verwendungsbereitschaft heißt Bereitschaft zur Verwertung mittels Gebrauch oder Veräußerung. Wird nun in eine einzelne Nutzung eingegriffen, so wird die Verwendungsbereitschaft der ganzen Sache beeinträchtigt, denn sie ist eben zum Gebrauch in der Richtung, in der der Eingriff stattgefunden hatte, nicht mehr bereit. Um es an einem oben schon gebrauchten Beispiel der gemeinrechtlichen Praxis zu erläutern: Ein Grundstück gewährt den Gebrauch des Wassers eines Brunnens. Vom Nachbargrundstück dringt fortwährend Jauche ein und macht das Brunnenwasser ungenießbar. Die Besitzstörung wurde zwar verneint, jedoch fällt die Entscheidung aus dem Rahmen der sonst geübten Praxis heraus. Würde nach der hier vertretenen Meinung im heutigen Sinne eine Besitzstörung vorliegen? Die Bereitschaft des Grundstücks zur Verwertung mittels Wasserentnahme ist doch beeinträchtigt, also liegt ein Eingriff in die tatsächliche Gewalt vor?

Wer diesen Schluß ziehen wollte, würde den von uns herausgestellten Begriff der tatsächlichen Gewalt verkennen. Zwar ist daran festzuhalten, daß Verwendungsbereitschaft tatsächliche Gewalt ist, nicht nur auf tatsächliche Gewalt schließen läßt. Jedoch liegt in dem Begriff Verwendungsbereitschaft ein Doppeltes. Es liegt einmal darin, daß wir von den Nutzungen und Gebrauchsmöglichkeiten, die eine Sache gewährt, ausgehen und sie in Beziehung zum Rechtssubjekt setzen, um daraus zu schließen, ob tatsächliche Gewalt über die Sache besteht. Es liegt aber auch ferner darin, daß die Verwendungsbereitschaft nach der Grundidee des Besitzschutzes als Mittels zur Wahrung des allgemeinen Rechtsfriedens erst dann als gestört angesehen werden soll, wenn in die Grundlage der Beziehungen zwischen Person und Sache eingegriffen ist. Vielleicht wird diese doppelte Erscheinungsform des Begriffs an einem Bild klarer. Man kann sich die tatsächliche Gewalt als ein geschlossenes Kraftzentrum vorstellen, in dem grundsätzlich unbeschränkte tatsächliche Möglichkeiten der Kraftentfaltung, wenn auch im Rahmen der natürlichen Beschaffenheit der besessenen Sache, ruhen. Von diesem Kraftzentrum gehen verschiedene Strahlen aus, sie stellen den nach außen in Erscheinung tretenden Gebrauch der Sache dar. Von diesen Ausstrahlungen des Kraftzentrums, die zu einer Person in Beziehung zu setzen sind, ausgehend, schließt die Verkehrsanschauung, ob die Person die tatsächliche Gewalt hat. Eine Beeinträchtigung der tatsächlichen Gewalt liegt aber erst dann vor, wenn in das Zentrum selbst eingegriffen wird. Mit einem Wort, das Vorliegen der tatsächlichen Gewalt wird aktuell, der Eingriff in die tatsächliche Gewalt potentiell beurteilt.

In ganz großen Umrissen deckt sich die hier gebrauchte Terminologie vielleicht mit dem bei Bunsen [1] erwähnten Haben einer Sache. Nicht ein Eingriff in Haben und Nutzen, wie Bunsen will, sondern lediglich in das Haben ist Besitzstörung. Wir werden in anderem Zusammenhang noch auf Bunsen zurückkommen müssen.

Einen ähnlichen Standpunkt scheint Dnistrjanskyj [2] einzunehmen, der einen ‹nicht geschützten› allgemeinen Begriff des Besitzes, z. B. auch an Forderungen, annimmt und einen engeren Begriff, dessen Umfang sich mit dem des Besitzschutzes vollständig deckt. Der Besitzschutz ist nach ihm der Schutz der Wirklichkeit der wirtschaftlichen Betätigung ohne Rücksicht auf den Titel. Mit der Hereinziehung des Begriffes „Wirklichkeit" kann sehr wohl die reale Grundlage des Besitzes in unserem Sinne, in die, um von Störung reden zu können, eingegriffen sein muß, gemeint sein. Unterstützt wird diese Auslegung durch die Auffassung des Autors vom römischen Besitzbegriff, indem er corpus den Zustand, der nach wirtschaftlichen Grundsätzen die Befriedigung aus einem Gute gewährt, nennt, und animus die Zweckrichtung auf die Bedürfnisbefriedigung. Immerhin ist dieser Schluß mit Rücksicht auf die Unbestimmtheit der Dnistrjanskyjschen Definition nur mit Vorsicht zu ziehen.

Die Verwendungsbereitschaft ist ein veränderlicher, nach der Verkehrsanschauung zu beurteilender Begriff. Also muß auch eine Besitzstörung als Eingriff in die reale Grundlage der Verwendungsbereitschaft nach der Verkehrsanschauung beurteilt werden. Bei der Beweglichkeit dieses Faktors ergeben sich, ebenso wie bei Prüfung der Frage nach dem Vorliegen der tatsächlichen Gewalt, Fehlerquellen, hier sind sie jedoch nicht so erheblich wie dort. Auch im heutigen Recht kommt den Störungen des Besitzes an unbeweglichen Sachen im Hinblick auf Zahl und Wichtigkeit die größere Bedeutung zu. Im Grundstücksverkehr bereitet aber die Frage nach dem Vorliegen der tatsächlichen Gewalt nicht im entferntesten die Schwierigkeiten wie im Fahrnisverkehr.

Die Einwirkungen auf den Besitzstand müssen sich gegen die erkennbare Verwendungsbereitschaft richten. Also erstens gegen die Verwendungsbereitschaft schlechthin, d. h. nicht gegen einzelne Nutzungen, sondern gegen eine Anzahl objektiv denkbarer Nutzungsmöglichkeiten. Das bedeutet nicht eine Anerkennung des Momentes der Erheblichkeit entgegen dem Gesetz, sondern nur eine Betonung des entwickelten Grundsatzes, daß die Verwendungsbereitschaft in ihrer potentiellen Struktur beeinträchtigt sein muß.

Es gibt weiterhin auch Fälle, in denen Besitzstörungen ohne Beeinträchtigung von Nutzungsmöglichkeiten vorliegen. Hier müssen wir den Akzent verschieben, indem wir sagen: Der Eingriff in den

[1] S. 80.
[2] S. 109.

Besitz richtet sich gegen die erkennbare Verwendungsbereitschaft. Fälle dieser Art sind: dauerndes Betreten eines Grundstücks, Einschlagen von Pfählen zur Markation einer Grenzlinie, Drohungen mit Gewaltausübung, sodaß Besitzhandlungen unterlassen werden. Durch solche Handlungen wird in der Oeffentlichkeit die Gewißheit darüber, wer als Besitzer anzusehen ist, beeinträchtigt. Es ist, da ein wesentliches Element der tatsächlichen Gewalt die objektive Erkennbarkeit ist, in gleichem Maße ein Eingriff in diese Gewalt gegeben, wie wenn in die Grundlage der Nutzungsmöglichkeiten eingegriffen ist.

Jhering[1] scheidet die Eingriffe in das Grundeigentum des Nachbarn in unmittelbare, die ihre Wirkungen in der Eigentumssphäre des Nachbarn beginnen, und in mittelbare, die sie dort fortsetzen. Wenn wir uns dieser Einteilung auch für die Eingriffe in den Besitz anschließen, so läßt sich etwa sagen, daß die meisten unmittelbaren Eingriffe Besitzstörungen sind. Sie richten sich, wenn nicht gegen die Verwendungsbereitschaft, so doch sehr oft gegen deren Erkennbarkeit, genügen also begrifflich zur Besitzstörung. Meist sind sie Ausdruck eigener Besitzhandlungen oder können doch vom objektiven Zuschauer als solche gedeutet werden. Notwendig ist dies aber nicht. Die meisten mittelbaren Einwirkungen stellen keine Besitzstörungen dar. Besonders für ihr Erscheinungsgebiet wird uns unsere Ansicht zu Ergebnissen führen, die stark von der herrschenden Meinung abweichen. Wir werden das Gebiet später im Zusammenhang behandeln.

Es ist zweckmäßig, im Anschluß an die dargelegte Auffassung vom Wesen des Eingriffs in die tatsächliche Gewalt diesen Eingriff in seiner schwächeren Wirkung ‹Besitzstörung› gegenüber dem stärksten Eingriff ‹Besitzentziehung› abzugrenzen. Mit der positiven, bisher nur durch Gründe aus der geschichtlichen Entwicklung gestützten Festlegung des Begriffes der Besitzstörung muß sich also die negative Abgrenzung gegenüber der Besitzentziehung verbinden. Es muß zunächst die Frage nach der Berechtigung einer solchen Untersuchung gestellt werden. Diese Berechtigung verneint Gärtner.[2] Eine praktische Bedeutung komme der vom BGB. gemachten Unterscheidung von Störung und Entziehung nicht zu. Die Besitzklagen aus §§ 861 und 862 behandele das Gesetz vollkommen gleich. Die Vorschrift des § 859 II und III spreche freilich nur von Entziehung und nicht von Störung, doch sei die Vorschrift auch analog auf Störungen auszudehnen. Die Volkssprache unterscheide ebenfalls nicht zwischen den beiden Begriffen. Wenn daher jemand wegen Störung statt wegen Entziehung klage oder umgekehrt, so seien seine Worte nach dem gewollten Sinn umzudeuten. Gärtner erblickt in Aufrechterhaltung des Unterschiedes lediglich eine unangemessene

[1] Zur Lehre v. d. Beschränkungen S. 107.
[2] in Leonhards Studien S. 162.

Nachahmung des römischen Rechts mit seiner Ausgestaltung der interdicta retinendae und recuperandae possessionis.

Dem kann nicht beigepflichtet werden. Die Selbstschutzrechte des § 859 II und III stehen dem Besitzer nur im Falle der Entziehung zu [1], während das Selbstschutzrecht des § 859 I sich seiner Natur nach nur auf Besitzentziehungen sowie auf drohende oder noch nicht vollendete Besitzstörungen bezieht [2]. Man will nun bei bereits vollendeter Besitzstörung analoge Anwendung der Abs. II und III zulassen, und zwar teils mit allen Beschränkungen dieser Vorschriften [3], teils nur dann mit diesen Beschränkungen, wenn bei Beseitigung der Störung in fremden Besitzstand eingegriffen wird [4]. Der Streit dürfte wohl nur deswegen bestehen, weil an den Begriff „vollendete Störung" unrichtige Vorstellungen geknüpft werden. Wenn Rosenberg a. a. O. sagt, daß der Besitzer sich vollendeter Störungen mit Gewalt erwehren darf, solange der störende Zustand dauert, so liegt darin ein Widerspruch. Dauert der störende Zustand noch an, so ist eben die Störung noch nicht beendet. Man darf nicht Störung gleichsetzen mit der den Zustand verursachenden Handlung. Sonst ist es durch nichts gerechtfertigt, bei störenden Anlagen von Fortdauer der Störung zu reden. Wirkt die Störung noch fort, so hat der Besitzer die Rechte des § 859 I ohne jede Beschränkung. Ist sie tatsächlich beendet, so ist ein Gewaltrecht überflüssig. Für eine analoge Anwendung von § 859 II und III auf Besitzstörungen ist also kein Raum.

Daß der Sprachgebrauch des Volkes nicht zwischen Entziehung und Störung unterscheide, ist unbewiesen. Man mag einen Laien danach fragen, er wird sicherer darüber Auskunft geben können als über den Unterschied von Eigentum und Besitz, Miete und Pacht oder Leihe. ⟨Man denke an den gebräuchlichen Ausdruck „Leihbibliothek".⟩ Die Unschädlichkeit der Bezeichnung einer Klage als Störungsklage, wenn Entziehung gemeint ist oder umgekehrt, ist mit der h. M zu bejahen [5]. Der Grund liegt nicht in dem einheitlichen Sprachgebrauch, sondern in der rechtlich gleichen Behandlung der Besitzklagen. Ein Eventualantrag wird sich meist empfehlen, da der Unterschied zwischen beiden Arten oft schwer feststellbar ist [6].

Schließlich ist noch auf einen bedeutsamen Unterschied hinzuweisen, der eine Trennung der Begriffe erforderlich macht. Die Person des Beklagten bestimmt sich beim Entziehungsanspruch anders als beim Störungsanspruch. Hat A eine teilweise Besitzentziehung

[1] zustimmend: Wolff § 17 I 3; Staudinger § 859 I, 1 a.
[2] Rosenberg § 859, I, 1; Biermann § 859, 2.
[3] Endemann § 43 Anm. 14; Männer § 17 Anm. 16; Biermann § 859, 2; Planck § 859, 3 b.
[4] Rosenberg § 859, I, 1.
[5] z. B. Kniep S. 472; Strohal, Sachbesitz S. 133; Endemann § 45 N. 2; Planck vor § 861; Rosenberg vor §§ 861–864; Staudinger § 861, § 862, II, III.
[6] Rosenberg, Vorbem. 2 vor §§ 861–864; s. auch Motive, Mugdan III S. 70.

dadurch begangen, daß er eine Anlage auf dem Grundstück seines Nachbarn B errichtet, so ist, wenn C Nachfolger des A im Besitze wird, C nur dann gegenüber der Besitzentziehungsklage des B passiv legitimiert, wenn er die Fehlerhaftigkeit des Teilbesitzes am B'schen Grundstück kennt oder Gesamtnachfolger des A ist ⟨§ 861 BGB.⟩ Bei einer Besitzstörung, die A begonnen und C fortgesetzt hat, ist C ohne Rücksicht auf seine Gutgläubigkeit Beklagter. Dem Störungsanspruch entsteht in der Person jedes neuen Störers ein neuer Gegner.

Mit der allgemein üblichen Wendung, daß Besitzstörung jede Beeinträchtigung des Besitzes, die nicht zur Entziehung führe, sei, ist nicht viel gewonnen, da damit nicht mehr gesagt ist, als daß die Störung eine schwächere Wirkung als die Entziehung habe Wenn Endemann [1] das Kriterium darin finden will, auf welche Weise der Besitzfrieden am besten hergestellt und gesichert werden könne, so ist ihm zu entgegnen, daß man an der Mühe, die zur Beseitigung des Eingriffs aufgewandt werden muß, nicht die Stärke des Eingriffs selbst messen kann. Es ist gewiß leichter, einen durch Drohungen entzogenen Besitz wieder herzustellen, als starke Störungen, die etwa durch Einsturz einer Hauswand unter völliger Verschüttung eines Grundstücks erfolgt sind, zu beseitigen. Oft wird der Begriff der Störung dahin gegenüber der Entziehung abgegrenzt, daß Entziehung vorliege, wenn der Eingreifende für sich selbst einen Voll- oder Teilbesitz begründe.[2] Das ist zumindest keine ausreichende Definition. Es genügt zur Erfüllung des Tatbestandes der Besitzentziehung auch, wenn der Täter die Sache besitzlos macht.[3] Wer eine Sache entreißt, um sie fortzuwerfen, wer Chemikalien zum Verdunsten bringt, wer einen Damm durchsticht, sodaß das Meer dauernd Land überflutet, entzieht gleichfalls den Besitz. Hier anzunehmen, daß weder Entziehung noch Störung vorläge, wäre sehr unbillig, da doch die Frage der Verletzung des Besitzes grundlegend für eventuelle Schadensersatzansprüche nach § 823 BGB. sein kann. Man wird deshalb der Definition Rosenbergs [4]: „Entziehung liegt dann vor, wenn der Besitz durch die Beeinträchtigung ganz oder zum Teile dem Besitzer verloren gegangen ist, insbesondere dann, wenn der Täter selbst Besitz an der Sache erlangt hat," zustimmen können. In diesem „insbesondere" kommt zum Ausdruck, daß der Entzieher im Regelfall eigenen Voll- oder Teilbesitz begründet.

Die Fälle der teilweisen Besitzentziehung bereiten im Hinblick auf ihre Abgrenzung zur Störung wohl die meisten Schwierigkeiten. Bei Anlegung eines zu starren Maßstabes würde man in den meisten Fällen eines unmittelbaren Eingriffs teilweise Entziehung annehmen müssen. So vor allem bei Herstellung räumlich kleiner

[1] § 45 Anm. 3.
[2] Planck § 862, 2 a; Windscheid I S. 826; Mayer S. 5.
[3] so richtig Wolff § 17, I, 1.
[4] § 858, I, 2.

Anlagen auf fremdem Boden. Es ist jedoch zweckmäßiger, den Eingriff in Beziehung zum Gesamtbesitz zu setzen. Bei wenig großer „Entziehung" überwiegt doch das Moment der Störung des Gesamtbesitzes. Windscheid [1] spricht hier treffend von „Besitzbelastung." Unterstützend für diese Auffassung wirkt der Umstand, daß der Kläger im Störungsprozesse günstiger gestellt ist. Maßgebend für Annahme des einen oder anderen Eingriffs bleibt das Moment der Erheblichkeit, das die Verkehrsanschauung aus der Betrachtung des Bildes, das der Gesamtbesitz nach dem Eingriff gewährt oder bei drohender Beeinträchtigung gewähren würde, zu gewinnen hat.

Aus allem geht hervor, daß Entziehung und Störung verschiedene Erscheinungsformen eines einheitlichen Begriffes, der Besitzverletzung, sind. Der Unterschied zwischen beiden Arten ist nur ein gradueller, ihre Trennung hat jedoch nicht nur akademischen Wert, sondern zeitigt praktische Folgen.

V. Kapitel: Rechtfertigung des gefundenen Grundsatzes: „Besitzstörung = Eingriff in die tatsächliche Gewalt" durch:

§ 12.

Gründe aus dem Zusammenhang des BGB., §§ 869 und 857 BGB.

Es handelt sich weiterhin darum, zur Unterstützung des Satzes, daß Besitzstörung nur einen Eingriff in die tatsächliche Gewalt darstellt, die Systematik des BGB. heranzuziehen.

Hier ist zunächst die Vorschrift des § 869 BGB. ins Auge zu fassen. Danach stehen die Besitzschutzansprüche der §§ 861, 862 auch dem mittelbaren Besitzer zu, wenn gegen den Besitzer verbotene Eigenmacht verübt wird. Die Auslegung dieser Vorschrift ist streitig.

Die einen [2] nehmen an, daß der mittelbare Besitzer sämtliche Schutzmittel gegen Besitzverletzungen im gleichen Maße wie der unmittelbare habe. § 868 bekunde durch die Worte „so ist auch der andere Besitzer" sehr bestimmt, daß der mittelbare Besitz dem vermittelnden Besitz gleichwertig sei. § 869 wolle nur den Fall regeln, daß verbotene Eigenmacht gegen den unmittelbaren Besitzer verübt werde, und daraus sowohl dem vermittelnden wie dem mittelbaren Besitzer ein Klagerecht erwachse, ohne die Frage berühren zu wollen, ob ein Besitzesschutz des mittelbaren Besitzers auch unabhängig von dem des vermittelnden Besitzers bestehe.

[1] Bd. I S. 792, 820 u. öfters.

[2] Gärtner S. 151 ff.; Bekker, Der Besitz bew. Sachen S. 48 ff.; Gierke, Priv. R. II § 116 Anm. 41.

Demgegenüber steht eine andere Meinung [1] auf dem Standpunkte, daß § 869 die Abhängigkeit des Besitzschutzes des mittelbaren Besitzers von einer verbotenen Eigenmacht gegen den vermittelnden Besitzer feststelle. Dieser Ansicht ist der Vorzug zu geben und zwar aus folgenden Gründen.

Nach der Stellung im System des BGB haben die §§ 854–867 nur den unmittelbaren Besitz zum Gegenstande, aus keiner dieser Normen läßt sich ein Recht des mittelbaren Besitzers ableiten. Der mittelbare Besitz ist nur in den §§ 868–871 geregelt. Nur soweit in diesem Teil der Besitznormen Besitzschutzrechte dem mittelbaren Besitzer gegeben werden, hat er dieselben. Protokolle [2] und Denkschrift [3] bezeichnen ein selbständiges Besitzschutzrecht des mittelbaren Besitzers sogar als überflüssig. Auch praktische Gründe sprechen für diese Ansicht. Wenn ein Verpächter gegen einen Pächter wegen Störung seines mittelbaren Besitzes vorgeht, so darf im Besitzprozeß des § 863 der Pächter nicht einwenden, daß er nur in rechtmäßiger Ausübung seines Pachtrechtes gehandelt habe. Ein Ergebnis, auf dessen Unannehmbarkeit Leonhard [4] mit Recht aufmerksam macht. Es stehen also dem mittelbaren Besitzer Besitzschutzrechte nur zu, soweit alle Voraussetzungen einer Besitzstörung auch in der Person des Mittlers gegeben sind, d. h., diese Rechte stehen ihm weder zu, wenn durch einen Dritten nur sein, nicht der Besitz des Mittlers gestört ist (obwohl solche Fälle kaum denkbar sind), noch gegenüber dem Mittler selbst, noch gegenüber den Eingriffen Dritter, die mit Zustimmung des Mittlers erfolgen. Welches sind die Gründe dieser auffallenden Erscheinung? Mit der Definition „Besitzstörung ist Eingriff in Haben und Nutzen" ist sie nicht in Einklang zu bringen, denn die Nutzungen des Oberbesitzers können auch durch den Eingriff des Mittlers erheblich beeinträchtigt werden. Trotzdem wird ihm kein Besitzstörungsanspruch gewährt. Der Grund ist der, daß das Band zwischen der Person des mittelbaren Besitzers und der Sache durch das Dazwischentreten des Besitzmittlers stark gelockert ist. Zwar wird der Begriff der Sachherrschaft von manchen sehr verflüchtigt, indem sie auch noch dem mittelbaren Besitzer die tatsächliche Sachherrschaft zusprechen, [5] jedoch legt die Verkehrsanschauung einen anderen Maßstab an. Für den Verkehr ist tatsächliche Sachherrschaft nur die wirtschaftliche Beziehung des unmittelbaren Besitzers zu der Sache. Ein öffentliches Interesse am Schutz des mittelbaren Besitzers besteht nur, insoweit auch der unmittelbare Besitz bedroht ist. Dem folgt das Gesetz. Für Uebergriffe des

---

[1] Strohal, Sachbes. S. 121, 122, 135; Rosenberg § 869 I; Biermann § 869, 2, 3; Staudinger § 869, 1, e; Planck 869, 1 a; abweichend für Selbstschutz: Windscheid-Kipp I, 798, 822, 839; Wolff § 19, 2.

[2] Mugdan, III S 513.

[3] Mugdan, III S. 965.

[4] Vertretung S. 75.

[5] Wolff § 8 mit weiteren Angaben.

Mittlers gegenüber dem Oberbesitzer mag dieser seine Schutzmittel dem zugrundeliegenden Rechtsverhältnis entnehmen.

Das Kriterium für Vorliegen einer Besitzstörung beim Bestehen eines mittelbaren Besitzes wird also der unterschiedlichen rechtlichen und tatsächlichen Stellung des Ober- und Unterbesitzers entnommen. Der Unterschied besteht darin, daß hier die tatsächliche Gewalt vorhanden ist, dort nicht. Nur soweit ein Eingriff in die tatsächliche Gewalt des Besitzmittlers vorliegt, erstarkt der schwächere Besitz des mittelbaren Besitzers so, daß seine Rechte aus § 869 ausgelöst werden.

Man könnte diesem in unserem Sinne sprechendem Argument ein anderes gegenüberstellen, das für die h. M. zu sprechen scheint. Nach § 857 BGB. geht der Besitz auf den Erben über. Das Gesetz kann aber unmöglich anordnen, daß die tatsächliche Gewalt auf den Erben übergeht, da dies im Regelfall ein faktischer Vorgang ist. Mithin ergeben sich Fälle des Besitzes ohne tatsächliche Gewalt und folgerichtig auch Fälle der Verletzung des Besitzes ohne Eingriff in die tatsächliche Gewalt. Diese Durchbrechung unseres Grundsatzes ist meist nur eine scheinbare, soweit wir sie anerkennen müssen, ist sie von untergeordneter Bedeutung.

Der Erbenbesitz ist eine Minderform des Besitzes.[1] Die Besitzklage des § 861 ist gegenüber einem Erbschaftsbesitzer nach § 2029 ausgeschlossen. Die Frage ist bestritten, für Ausschluß sind R. Leonhard[2] und F. Leonhard[3] mit dem richtigen Hinweis darauf, daß der Erbschaftsbesitzer, gegen den mit der Entziehungsklage vorgegangen wird, sich durch Berufung auf § 2029 eine Verwendungseinrede verschaffen und damit den § 863 umgehen könnte. Es ist also nur die Erhebung des Erbschaftsanspruchs zulässig, wenn die Besitzbeeinträchtigung des Erben durch Entziehung seitens eines Erbschaftsbesitzers erfolgt ist. Das aber ist der praktisch häufigste Fall der Beeinträchtigung des Erbenbesitzes. Für ihn bestimmt § 2025 BGB., daß ein gutgläubiger Erbschaftsbesitzer wegen verbotener Eigenmacht nur haftet, wenn der Erbe den Besitz bereits tatsächlich ergriffen hat. Gerade bei der stärksten Form der Besitzbeeinträchtigung, der Entziehung des Besitzes, wird also Entziehung der tatsächlichen Gewalt, nicht nur Entziehung des vergeistigten Erbenbesitzes verlangt, ehe Ansprüche wegen verbotener Eigenmacht gewährt werden. Das berechtigt zu dem Schluß, daß zu einem Eingriff in den Besitz grundsätzlich Beeinträchtigung der tatsächlichen Gewalt erforderlich ist.[4] Soweit Besitzschutz unabhängig hiervon gewährt wird, z. B. bei Bösgläubigkeit des Erbschaftsbesitzers, handelt es sich um eine aus praktischen Gründen gerechtfertigte positive

[1] Leonhard, Lehrb. S. 115.
[2] Erbschaftsbesitz S. 123 gegen Planck § 2029, 2;
[3] Bem. 3 zu § 2029 Staudinger § 2029, 2.
[4] Leonhard § 1922, 3.

Ausnahme, nicht um einen Ausdruck des allgemeinen Prinzips, daß zur Besitzbeeinträchtigung, inklusive Besitzstörung, ein Eingriff in die tatsächliche Gewalt nicht erforderlich sei.

§ 13.

Kritik der gegnerischen Auffassungen.

Die Stellungnahme der Literatur und Praxis zu unserem Problem bedarf ebenfalls der Behandlung. Es ist außerordentlich schwierig, die vorgebrachten Gründe für den von uns bekämpften weiten Begriff der Besitzstörung in eine gewisse gedankliche Ordnung zu bringen. Soweit überhaupt der Versuch gemacht wird, aus dem Gesetz heraus die eigene Meinung zu stützen, verraten uns die Gründe, daß man teils die geschichtliche Entwicklung verkennt, teils von vorgefaßten Meinungen ausgeht oder vom Gesetz aufgestellten Begriffen einen unrichtigen Sinn unterlegt. Wir können keine reinliche Scheidung der Gegenargumente in geschichtliche, systematische und solche der Billigkeit vornehmen, obwohl diese Anlehnung an den von uns gewählten Aufbau sehr wünschenswert wäre, da jene meist ineinander überfließen. Hinzu kommt noch, daß das Problem der mittelbaren Besitzstörungen in die Erörterung der allgemeinen Besitzstörung hineingezogen ist, während hier an einer gesonderten Untersuchung festgehalten werden soll.

Unseren Standpunkt, daß Besitzstörung wie jede Beeinträchtigung fremden Besitzes nur in einem Eingriff in die tatsächliche Gewalt des Besitzers zu sehen ist, teilen: Leonhard [1], Köhler [2], Goldmann-Lilienthal [3], Brückner [4], ferner auch Mittelstein, teilweise ohne Begründung. Mittelstein bildet ein Musterbeispiel für unscharfe Auffassung. In der 1. Aufl. S. 214 gewährt er gegen Einwirkungen, die „nicht so sehr den Besitz, d. h. die tatsächliche Herrschaftsgewalt stören, sondern nur den Gebrauch mindern", keinen Besitzschutz, so z. B. nicht gegen Immissionen des § 906 BGB. In der 2. Aufl. S. 546 soll der besitzende Mieter, „soweit in den von § 906 getroffenen Fällen sich eine Besitzstörung ergibt", die Schutzmittel haben. In der 3. Aufl. S. 699 taucht wieder der Gedanke auf, daß Besitzstörung nicht schon jede Beeinträchtigung des Mieters im Gebrauche der Mietssache sei, es sich vielmehr um einen nicht bloß ganz vorübergehenden Eingriff in die Gewalt über die Mietsache handeln müsse. Trotzdem soll der Mieter nach §§ 906, 862 Besitzstörungsansprüche haben. Endemann [5] führt seine Meinung nicht folgerichtig durch, wenn er sagt: „Nur solche Eingriffe kommen

[1] Lehrb. S. 118.
[2] S. 26.
[3] § 6 II.
[4] S. 97 ff., abweichend 1. Aufl. S. 76.
[5] § 45 u. N. 9.

rechtlich in Betracht, die ihrer Wirkung nach die körperliche Sachherrschaft verletzen", und an anderer Stelle [1] meint: „Dagegen kommt naturgemäß die Schädigung der Mieter durch unerträgliche Geräusche, ungesunde Dünste usw. zu voller Beachtung. Der Mieter (sc. der besitzende Mieter) hat außerdem den wichtigen Anspruch wegen Besitzstörung aus eigenem Rechte". Es ist, wie schon aus dieser Stellungnahme Endemanns und Mittelsteins hervorgeht, vielfach der Ausgangspunkt für die äußerlich übereinstimmende Begriffsbestimmung der Besitzstörung ein unterschiedlicher, da der „tatsächlichen Gewalt" Momente untergeschoben werden, die nicht in ihr enthalten sind. Wenn Planck [2] als verbotene Eigenmacht jede Handlung bezeichnet, „durch die der Besitzer ohne seinen Willen in der Ausübung der tatsächlichen Gewalt beeinträchtigt wird, sofern die Handlung nicht ausnahmsweise gesetzlich gestattet ist," so könnte man dem durchaus zustimmen, wenn nicht seine Behauptung [3], daß es genüge, wenn „der Besitz als solcher, das Haben, Gebrauchen, Genießen der Sache beeinträchtigt wird," erkennen ließe, was er unter Ausübung der tatsächlichen Gewalt versteht. Das Reichsgericht [4] schließt sich der Planckschen Definition in einem Falle an, in dem von einem Militärschießplatz dauernd Geschosse auf und über das Grundstück eines Pächters geflogen waren. Die Entscheidung ist für richtig zu halten, denn daß der Besitzer die tatsächliche Gewalt ohne Gefahr für Leib und Leben ausüben kann, muß billigerweise verlangt werden. Es ist hier auch nach unserer Auffassung in den realen Besitztatbestand eingegriffen. Nicht aber können wir uns mit der Begründung dieser Entscheidung die einem bei gleicher Rechtslage ergangenen Urteil [5] entnommen ist, einverstanden erklären. Hier heißt es, daß der Kläger „durch die bestehende Gefahr an der freien Bewirtschaftung und Benutzung der Aecker behindert worden ist". Im Schutze der tatsächlichen Gewalt soll nicht der Schutz der Bewirtschaftung enthalten sein, denn die Art der Benutzung steht mit dem Besitzesschutz aus dem Grunde nicht im Zusammenhang, weil, wie oben ausgeführt, Willens- und rechtliche Momente heute nicht mehr Inhalt der tatsächlichen Gewalt sind. Man hat den Eindruck, daß dieser Irrtum, der in allen Varianten in Theorie und Praxis auftaucht, historisch bedingt ist. Bunsen [6] spricht es sogar kraß aus, daß Störung im Besitze eine Hinderung des Besitzers an dem ihm als Besitzer gewährleisteten Haben und Nutzen der Sache sei. Wie kann dem Besitzer als solchem das Nutzen der Sache gegenüber

[1] § 72 N. 52.
[2] 858,1
[3] § 862,2.
[4] RGZ. 55 S. 55.
[5] RGZ. v. 16. 11. 1895 in JW. 1896 S. 14.
[6] S. 80.

Dritten gewährleistet sein? Zwar hat das RG [1] bejaht, daß das infolge der Besitzeinräumung von jedermann zu achtende Recht des Mieters auf ungestörte Benutzung der Mietsache zu den absoluten Rechten des § 823 I BGB. gehöre, jedoch ist diese als verfehlt zu bezeichnende Entscheidung vereinzelt geblieben. Noch über diese Tendenz des RG. hinaus würde man mit Bunsen dazu kommen, dem in den Nutzungen gestörten Besitzer, ohne daß er sein Nutzungsrecht zu beweisen, und ohne daß den „Störer" ein Verschulden zu treffen brauchte, sein „Recht", zwar nicht im Sinne eines Schadensersatzanspruches, aber im Sinne eines Anspruchs auf die doch oft mögliche Beseitigung der Störung zu garantieren. Es muß also die prinzipielle Trennung von „Gebrauchsgewalt" und „Besitzgewalt" [2] betont werden. Die beiden Ausdrücke sollen nur der Kürze halber gebraucht werden, jedenfalls im Sinne der vorstehenden Ausführungen. Wenn man sie in Beziehung zu dem Recht, auf Grund dessen sie bestehen, setzen will, so könnte man die erstere vielleicht als „Tatsächlichkeit des Rechtes auf den Gebrauch", letztere als „Tatsächlichkeit des Rechtes auf den Besitz" bezeichnen, obwohl Spitzer auf das Bedenkliche einer solchen Definition hingewiesen hat [3] Dieses in Beziehung Setzen wird hier nur vorgenommen, weil die stärkeren Begriffe Besitzrecht und Gebrauchsrecht durchaus nicht notwendig zusammenfallen müssen. So schließen die Besitzrechte des Pfand- und Retentionsbesitzes nicht auch Gebrauchsrechte in sich [4], ebenso nicht der Verwahrungsbesitz. Für die schwächeren Begriffe der Gebrauchsgewalt und Besitzgewalt muß dies deshalb erst recht gelten.

Man hat geglaubt, aus ethymologischen Gründen rechtfertigen zu können, daß ein Eingriff in die Gebrauchsgewalt Besitzstörung sei [5]. Dem „Gewalt'begriff wohne das Moment der Willkür inne. Der Besitz erschöpfe sich nicht immer in der rein körperlichen Beziehung der Person zur Sache. Es bestehe auch eine ideale Beziehung, nämlich die Möglichkeit geistig unbeschränkter Beherrschung. Deshalb sei eine Besitzstörung auch anzunehmen, wenn sich der Wille eines anderen in einer einzelnen Beziehung in Widerspruch mit dem Willen des Besitzers für die Sache geltend mache, sodaß diesem die Möglichkeit, die besessene Sache nach eigenem Belieben zu nützen, geschmälert oder gänzlich genommen werde. Die tatsächliche Gewalt ließe sich nicht so spalten, daß sie bezüglich eines bestimmten Gebrauchs der Sache nicht bestehe, denn Sachbesitz sei die Herrschaftsverwirklichung über den Sachkörper in der Gesamtheit seiner Beziehungen.

[1] RG. 59 S. 328.
[2] Ausdrücke von Spitzer S. 58.
[3] S. 48.
[4] Raape, Gebr.- u. Besitzüberlassg. S. 169.
[5] Spitzer S. 59.

Mit der wörtlichen Bedeutung des Gewaltbegriffes verhält es sich ähnlich wie mit der des Erlangens. Zwar ist unbestreitbar, daß der Stamm des Wortes „wal" mit Wille zusammenhängt, jedoch ist nicht erweislich, daß das Gesetz den Ausdruck Gewalt im vollen Bewußtsein seines ethymologischen Ursprungs gebraucht. Im Gegenteil: Eine elterliche Gewalt besteht, ohne daß man sie wollen muß, in der höheren Gewalt des § 203 einen Willen zu suchen, hieße sich auf das Gebiet der Religionsphilosophie begeben, die gegen verbotene Eigenmacht in § 859 gestattete Gewaltanwendung braucht nicht die Folge eines Willensvorganges, sondern kann einfache Reflexbewegung sein. Ist so schon der Sprachgebrauch des Gesetzes ein anderer, so wird auch im Leben oft von Gewalt gesprochen, wo ein Wille nicht wirkt, z. B. der Gewalt von Maschinen.

Der zweite Teil der dargestellten Ansicht bringt wieder den Rückfall in die Auffassung des römischen Rechts, die schon zur Genüge behandelt wurde. Besonders klar wird dies am letzten Satz der Spitzerschen Ausführungen, der beinahe wortgetreu die Windscheidsche Definition der possessio darstellt.

In gleichem Sinne geht das OLG. Braunschweig [1] davon aus, daß die natürliche Freiheit des Inhabers einer Sache, diese nach seinem Belieben zu behandeln, als eine Rechtsstellung anzuerkennen sei, der das Gesetz Schutz gegen Angriffe gewähre. Eine Besitzstörung sei auch eine Handlung, welche sich gegen die Person des Besitzers wende und dessen Freiheit in seinen Entschließungen, wie er mit der Sache verfahren wolle, beeinträchtige.[2] Dazu ist zu sagen, daß selbstverständlich die Einwirkung sich nicht auf die Sache zu beschränken braucht.[3] Nur auf die Wirkung des Eingriffs, nicht auf seine Erscheinungsform, kommt es an. Die Beziehung zwischen Person und Sache, ihr Sachstand, muß beeinträchtigt sein, wobei es gleichgültig ist, ob der Angriff auf der Seite der Person oder der der Sache erfolgt ist. Der Schutz der Person kann aber nur in dem Maße gewährt werden, als der „Friede der körperlichen Besitzgewalt" gestört ist.[4] Das wird bei Drohungen — um die Beurteilung der Wirkung einer solchen handelte es sich in der erwähnten Entscheidung — meist in dem Maße der Fall sein, daß eine völlige Besitzentziehung vorliegt. Voraussetzung ist, daß jeder normale, nicht überängstliche Mensch durch die Drohung veranlaßt sein würde, Besitzhandlungen zu unterlassen.[5] Unterläßt er sämtliche Besitzhandlungen, so bei einem mit Drohungen verbundenen Verbot, sein Grundstück zu betreten, so liegt Entziehung der tat-

[1] Seuff. A. 57 S. 221; OLG. Rspr. 4, 290.
[2] ebenso Biermann § 862, 2.
[3] a. A.: Mathiass § 148.
[4] Endemann § 45, 2 N. 9.
[5] so richtig Wolff § 10 zu 6, da in der seelischen Einwirkung und Beunruhigung des Besitzers, die die h. M. als ausreichend ansieht, nur ein Angriff auf die Persönlichkeit liege. Anders: Seuff. A. 63, 364 ff.; OLG. Rspr. 4, 290; Strohal, Sachbes. 133.

sächlichen Gewalt vor, es sei denn, daß die Drohung ganz vorübergehender Natur ist. Unterläßt er einzelne Handlungen, oder wiederholen sich die Drohungen, die ihn zur Unterlassung aller zwingen, für jeweils kurze Zeitspanne, so ist die tatsächliche Gewalt gestört. Diesen Gedanken aber dahin zu erweitern, daß es genüge, wenn der Besitzer in der Freiheit seiner Entschließungen beeinträchtigt sei, halten wir für äußerst bedenklich. Von der Betonung des die Entschließungen motivierenden Willens abgesehen, der nach unserer Auffassung rechtlich nichts mit den Besitzschutzansprüchen zu tun hat, würde das praktisch darauf hinauslaufen, der Willkür des Besitzers einen weit über das Bedürfnis hinausgehenden Schutz zu gewähren. Von dieser Einstellung aus gelangt man dann dazu, im Verbauen der Aussicht,[1] im Photographieren eines Gebäudes [2] Besitzstörungen zu sehen. Läge der praktische Grund des Besitzschutzes darin, daß die Freiheit der Entschließungen des Besitzers gewahrt bleiben sollte, so wäre auch die Fassung des § 858 BGB. nicht verständlich. Danach handelt in verbotener Eigenmacht, wer dem Besitzer o h n e dessen Willen den Besitz entzieht oder ihn im Besitze stört, sofern nicht das Gesetz die Entziehung oder die Störung gestattet. Die verbotene Eigenmacht ist nicht ein Bestandteil des Begriffs der Besitzstörung, sondern eine besondere Art der Besitzstörung, nämlich die widerrechtlich und ohne Willen des Besitzers begangene. Diese besondere Art der Besitzstörung ist Voraussetzung des Besitzstörungsa n s p r u c h s. Hätte das Gesetz durch Gewährung des Besitzschutzes die Freiheit der Entschließungen des Besitzers schützen wollen, so hätte es das Erfordernis aufstellen müssen, daß bei der eigenmächtigen, widerrechtlichen Besitzstörung g e g e n den Willen des Besitzers gehandelt werden müsse. Ist dem Besitzer der Eingriff gleichgültig, oder steht er ihm sogar zustimmend gegenüber — man denke an den Fall, daß der besitzende Pächter eine Schädigung des Verpächters nicht ungern sieht — ohne daß diese Zustimmung ausdrücklich oder durch schlüssige Handlungen erklärt wird, so greift der Besitzschutz genau so Platz, wie wenn sich der Besitzer feierlich gegen den Eingriff verwahrt hätte. Von einer Beeinträchtigung in der Freiheit der Entschließungen kann man aber in den beiden ersten Fällen nicht reden.

§ 14.

Behandlung der Besitzstörungen im Nachbarrecht, insbesondere die Einwirkungen des § 906 BGB.

Einer besonderen Darstellung bedarf die Frage, inwieweit die Schranken, die im Nachbarrecht dem Eigentümer eines Grundstücks

[1] Spitzer S. 55.

[2] OLG Rspr. 20 S. 402 hält dies für Eigentumsstörung, die notwendige Folge der noch zu besprechenden h. M., daß Eigentumsstörung und Besitzstörung sich decken, ist, daß man hier auch letztere annehmen muß.

gezogen sind, auch für den Besitzer gelten. Das nachbarliche Leben der Menschen bringt mannigfachen Interessenkonflikt mit sich, ein gerechter Ausgleich zwischen dem Rechte des einen, mit seinem Grundstück nach Belieben zu verfahren, und dem des anderen, Einwirkungen auf das seinige zu verbieten, ist Ziel jeder entwickelten Rechtsordnung. Das BGB. hat die Regelung dieses Konfliktes in den §§ 904 ff. unternommen. Als in diesem Zusammenhang bei weitem wichtigste Vorschrift stellt sich uns § 906 BGB. dar, nach dem der Eigentümer eines Grundstücks die Zuführung von Gasen, Dämpfen, Gerüchen, Rauch, Ruß, Wärme, Geräusch, Erschütterungen und ähnliche von einem anderen Grundstück ausgehende Einwirkungen insoweit nicht verbieten kann, als die Einwirkung die Benutzung seines Grundstücks nicht oder nur unwesentlich beeinträchtigt oder durch eine Benutzung des anderen Grundstücks herbeigeführt wird, die nach den örtlichen Verhältnissen bei Grundstücken dieser Lage gewöhnlich ist.

Im gemeinen Recht herrschte hinsichtlich der Zulässigkeit dieser „mittelbaren Einwirkungen" lebhafter Streit. Man vertrat sowohl das Prinzip der grundsätzlichen Einwirkungsfreiheit wie das des grundsätzlichen Einwirkungsverbotes. Innerhalb der „Immissionen" genannten mittelbaren Einwirkungen unterschied man noch Immissionen im engeren Sinne, worunter Einwirkungen körperlich sichtbarer Stoffe, wie Wasser, Rauch, Staub usw. verstanden wurden, und unsichtbar erfolgende Einwirkungen, wie Gerüche und Geräusche. Gegen letztere versagen die Anhänger der sog. Immissionstheorie dem Eigentümer zivilrechtlichen Schutz.[1] Im späteren gemeinen Recht wurde die von Jhering[2] vertretene Lehre, daß es nicht auf äußere Merkmale, nämlich die Art der Immission, sondern auf das Maß ihrer Wirkung ankomme, herrschend. Einen Unterschied zwischen Immissionen im engeren und weiteren Sinne macht Jhering nicht. Der Lehre Jherings schloß sich der § 850 I. Entw. an, der von dem Grundsatze der Einwirkungsfreiheit ausging.[3] Im heutigen Rechte werden jedoch mittelbare wie unmittelbare Einwirkungen grundsätzlich als unzulässig angesehen.[4] § 906 in seiner jetzigen Fassung bringt also im wesentlichen einen Niederschlag des bisherigen Rechts.[5]

Man hat, um für die Einwirkungen des § 906 eine einheitliche Bezeichnung zu schaffen, den wenig treffenden und unschönen Ausdruck „Immission von Imponderabilien" gewählt.[6] Soweit der Ausdruck Immission gebraucht wird, verbindet man heute mit ihm einen engeren Sinn, nämlich den des Eindringens von unwägbaren

[1] so Werenberg S. 52 53; Pagenstecher S. 120; Hesse S. 402.
[2] Zur Lehre v. d. Beschränkungen . . . S. 128.
[3] Meisner S. 179.
[4] Protokolle, Mugdan, III S. 580 1. Meisner S. 179.
[5] JW. 1900 S. 819.
[6] Mot. Mugd. III S. 146.

Stoffen oder solchen geringen Volumens, nicht mehr wie im römischen Recht auch den des Eindringens von größeren Körpern. Die Bezeichnung „Imponderabilien" trifft aber deswegen nicht zu, weil auch Ruß und Dämpfe ein mit den heutigen Instrumenten meßbares Gewicht haben. Das Gesetz gibt in § 906 Beispiele von Immissionen, nach deren Natur wir zu beurteilen haben, wann eine „ähnliche Einwirkung" vorliegt. Es handelt sich hierbei um Kraftwirkungen ⟨Wärme, Geräusch⟩, gasförmige, in der Luft suspendierte Körper ⟨Dämpfe, Gerüche, Rauch⟩ und um feste Körper von äußerst geringem Umfang ⟨Ruß⟩ [1]. In der Praxis sind u. a. als ähnliche Einwirkungen bezeichnet worden: die von Staub [2], Sand [3], Flugasche [4], Funken [5], starken Lichtreflexen [6] und Steinsplittern [7]. In der Literatur werden ferner unter § 906 bezogen: Einwirkungen von künstlich erzeugter starker Kälte [8], von Pilzkeimen [9] und von Wasserstaub [10]. Bestritten ist die Hereinbeziehung von Einwirkungen durch Bienen, Tauben, Ratten und Mäuse [11]. Nach dem Zweck der Vorschrift, die darauf abzielt, solche Einwirkungen, die zu den allgemeinüblichen zu zählen sind, und deren Abhaltung von dem Nachbargrundstück geradezu unmöglich ist oder den Grundsätzen einer rationellen Wirtschaft zuwider läuft, zuzulassen, ist eine Einbeziehung nur sinngemäß. Man denke daran, daß schon das Eindringen weniger Bienen die Unterlassungsklage des § 1004 begründen könnte. Eine ordnungsmäßige Imkerei wäre damit unmöglich gemacht. Diese Stellungnahme auch auf das Eindringen von Hühnern, Gänsen und Kaninchen auszudehnen, ist jedoch nach dem Gesagten nicht angängig.

Es wird ferner von der h. M. abgelehnt, bei sog. ideellen oder immateriellen Einwirkungen, die nicht durch sinnliche Wahrnehmungen vermittelt werden, sondern nur auf das Gefühlsleben des Betroffenen einwirken, den § 906 für anwendbar zu erklären [12]. Wir werden auf die abweichende Begründung der unten zu Anm. 12 genannten Entscheidungen zurückkommen.

---

[1] M. Wolff § 53.
[2] OLG. 5 S. 151; RG. in JW. 1910 S. 654; 1912 S. 31.
[3] RG. 60 S. 140.
[4] RG. in JW. 1908 S. 11 Nr. 12. 1910 S. 120; 1912 S. 31.
[5] RG. JW. 1904, 360; 1910, 20; abw. 1910, 619.
[6] RG. JW. 1911, 587; RG. Z. 76, S. 132.
[7] Warn. E. 18 Nr. 55; JW. 1911, 588.
[8] Turnau-Förster § 906, 2; Staud. § 906, 5 a. Meisner S. 182.
[9] Meisner S. 182; Turnau-F. § 906 II.
[10] Meisner S. 181; nach allgem. Meinung jedoch nicht Flüssigkeiten, die nicht i. d. Luft suspendiert sind, abw. nur Hörig S. 15.
[11] Dafür schlechthin: Staud. § 906 I, 5; Meisner S. 184; für Bienen: Planck § 906, 3 a; Biermann § 906, 1 a; Dernburg § 80; OLG. Rspr. 26, 23. ablehnend: RGR. Komm. § 906, 5; RGZ. 76, 132; Strauß DJZ. 1903 S. 367; Friedrichs DJZ. 1904 S. 688.
[12] RG. 50, 226; 57, 239; 76, 131; a. A. nur OLG. Rspr. 5, 386; Seuff. A. 60 Nr. 11.

Schließlich wird auch gemeinhin in negativen Einwirkungen keine Beeinträchtigung des Eigentums gesehen. So soll im Verbauen der Aussicht oder des Lichtes [1], in der durch das Höherbauen eines Hauses bewirkten Beeinträchtigung der Zugluft des nachbarlichen Schornsteins [2], des Mahlwindes der nachbarlichen Windmühle [3] keine Einwirkung nach § 906 liegen. Der Fall der Entziehung von Wärme wird nicht in diesem Zusammenhang erwähnt, obwohl er seiner Natur nach auch darunter fällt. Es liegt — entgegen der h. M. — kein Grund vor, bei diesen negativen Einwirkungen die Anwendbarkeit des § 906 zu versagen. Es soll angeblich die Benutzung des Grundstücks, von dem die Wirkungen ausgehen, sich ausschließlich innerhalb der eigenen Grenzen halten. Dem ist nicht zuzustimmen. Bei der Entziehung von Licht oder Luft liegt das Hinüberwirken darin, daß den Lichtstrahlen oder Luftbewegungen eine andere Richtung gegeben wird, obwohl ihre Hereinziehung auf das Grundstück des Nachbarn ein Ausfluß seiner Befugnisse aus dem Eigentum ist. Man kann also das negative Element, das hier zu anderen Entscheidungen führen soll, auch jeweils in ein positives verwandeln. Entziehung von Wärme ist Zuführung von Kälte, Entziehung von Licht Zuführung von Dunkelheit. Warum die Zuführung von grellen Lichtstrahlen durch flackernde Reklameschilder und die völlige Verdunkelung des Nachbargrundstücks unterschiedlich behandelt werden sollen, ist nicht einzusehen. Wir tragen deshalb kein Bedenken, derartige Einwirkungen, soweit sie ausnahmsweise sehr erheblich sind, als unter § 906 fallend anzusehen.[4] Auch führt die gegenteilige Auffassung, was ihre Anhänger selbst nicht verkennen [5], zu recht mißlichen Folgen. Ein Sicherheitsventil gegen zu weitgehende Ansprüche ist in dem Momente der Erheblichkeit gegeben.

Der vorstehend gegenständlich umrissene Begriff der Eigentumsstörung soll nun auch für den Begriff der Besitzstörung maßgebend sein. Der Satz, daß der an einer Sache bestehende Besitz die Sache in denselben Beziehungen ergreife, in denen sie vom Eigentum ergriffen wird, daß also die Handlungen, die eine Beeinträchtigung des Eigentums darstellen, auch den Besitz störten, erscheint den ihnen aufstellenden Autoren so zwingend, daß sie auf jede Begründung verzichten.[6] Und doch ist er nichts weniger als erwiesen. Freilich geht die Begründung Endemanns [7], der aus der Verwendung des Wortes „Beeinträchtigung" in § 1004 gegenüber

---

[1] RGZ. 51, 254; 98, 16; RG. JW. 1908, 142 Nr. 12.

[2] RG. JW. 1909, 161 Nr. 10; Gruchot 65, 613.

[3] RG. Gruch. 65, 612; Seuff. A. 64, 225; RG. JW. 09, 161 und 174.

[4] Zustimmend nur Leonhard, Lehrb. S. 129.

[5] so Meisner S. 489 Anm. 5.

[6] z. B. Wolff § 16 II; Meisner S. 541; Biermann § 862, 2 a; Planck § 862, 2 a; KG. Rspr. 9, 296.

[7] § 45 Anm. 9.

„gestört" in §§ 858, 862 schließen will, daß bei Eingriffen in die Benutzungsart eines Grundstücks zwar der Eigentümer, nicht aber der Besitzer geschützt werde, fehl. Aus so synonymen Worten wie beeinträchtigen und stören lassen sich derartige Schlüsse nicht ziehen.

Der Unterschied zwischen Eigentum und Besitz liegt, kurz gesagt, darin, daß der Eigentümer die Sache rechtlich, der Besitzer sie tatsächlich hat. Soll jenem das rechtliche Haben, das heißt die größtmöglichste Nutzung der Sache gegen Eingriffe von außen, rechtlich garantiert werden, so soll diesem nach dem Zweckgedanken des Besitzschutzes nicht die Ausübung aller seiner Besitzbefugnisse gewährleistet, sondern nur die tatsächliche Grundlage erhalten werden, auf der die Befugnisse realisiert werden können. Dort wird im Falle eines Konfliktes der gesamte Tatbestand nach der rechtlichen Seite hin aufgerollt, hier bleiben petitorische Einwendungen dem Störer versagt. Die Vorschriften des Nachbarrechtes sind nur als inhaltliche Beschränkungen des vollsten Herrschaftsrechtes, des Eigentums, verständlich. § 903, der zu der Annahme verleiten könnte, daß das Eigentum das volle Herrschaftsrecht an einer Sache sei — man definiert irrtümlich vielfach so — wird durch die nachfolgenden, das sog. Nachbarrecht enthaltenden, Bestimmungen erst in seinem Umfang klargestellt. Das Eigentum ist nur als das vollste Herrschaftsrecht, das man an einer Sache haben kann, zu bezeichnen. Wollte man die Schranken, die für die Ausübung des Eigentumsrechtes gelten, auf den Besitz übertragen, so wäre die erste Voraussetzung dafür, daß eine dem § 903 ähnliche Vorschrift vorhanden wäre, durch die grundsätzlich die Befugnisse des Besitzers erst einmal festgelegt würden. Der Besitz folgt aber eigenen Gesetzen. Will man überhaupt den Umfang des Eigentums mit dem des Besitzes vergleichen, so muß man, um von der gleichen Grundlage auszugehen, hierzu das hinter dem Besitz stehende Recht heranziehen. Der Umfang des Besitzes ist aber ein sehr verschiedener, je nachdem er auf dem Rechte zum Eigenbesitz, Fremdbesitz oder Nutzbesitz beruht.

Das Eine ist richtig, daß der Besitz nie weitergehende Befugnisse als das Eigentum gewähren kann. Daß er aber in sehr vielen Fällen schwächere Befugnisse gewährt, sollte nicht bestritten werden. Es muß also entschieden eine schematische Uebertragung nachbarrechtlicher Grundsätze auf den Besitz abgelehnt werden. Das schließt nicht aus, daß im einzelnen Falle eine Vorschrift des Nachbarrechts sinngemäß Anwendung finden kann. So wird es für die Frage, wann bei einem Erkerüberbau ein Eingriff in die tatsächliche Gewalt vorliegt, darauf ankommen, ob der Ueberbau in solcher Höhe erfolgt ist, daß der Besitzer ein Interesse an der Ausschließung des Ueberbauenden hat.

Wir werden also im Gebiete des Nachbarrechts nicht der Prüfung der Frage enthoben, wann eine Besitzstörung vorliegt, insbesondere nicht derjenigen, ob durch Immissionen ein Eingriff in die

tatsächliche Gewalt im Sinne der bisherigen Feststellungen erfolgen kann. In einer Kammergerichtsentscheidung vom 26. 9. 1904 [1] heißt es:

> „Daß die tatsächliche Gewalt im Sinne des § 854 auch durch Zuführung eines dauernden, lärmenden Geräusches, welches dem Besitzer den Aufenthalt auf dem Grundstück unmöglich macht oder mit Rücksicht auf die ihm drohende Gesundheitsschädigung erschwert, erheblich beeinträchtigt werden kann, bedarf keiner weiteren Begründung."

Im Hinblick auf die Schwierigkeiten der Umgrenzung der tatsächlichen Gewalt hätte es indes sehr wohl gerade in diesem Punkte einer eingehenden Begründung bedurft. Es wird auch hier der tatsächlichen Gewalt ein anderer Sinn beigelegt, als es der geschichtlichen Entwicklung und dem Willen des Gesetzes entspricht. Trotz der Umgehung gerade der schwierigsten Frage haben das erwähnte Urteil, sowie ein Aufsatz von Volkmar,[2] der in ähnlicher Weise eine petitio principii aufweist,[3] den nachhaltigsten Einfluß auf Literatur und Praxis ausgeübt, sodaß der Widerspruch heute beinahe verstummt ist.

Soweit ein abweichender Standpunkt noch vertreten wird, läßt es die Begründung an tieferem Eindringen und Schlüssigkeit fehlen. Auf Endemann und Mittelstein, bei denen die gerügten Mängel besonders augenfällig sind, wurde schon verwiesen ‹s. o. S. 47 u. 54›. Fuld [4] folgert aus § 906 ohne Angabe von Gründen, daß nur der Vermieter, nicht auch der Mieter gegen denjenigen vorgehen kann, welcher für die unzulässige Einwirkung flüssiger, luftförmiger oder sonstiger Stoffe verantwortlich ist. Im Gegensatz zu den durch Immissionen hervorgerufenen Störungen habe der Mieter bei sonstigen, durch Dritte bewirkten, auch die Befugnis, selbständig vorzugehen und von den Mitteln Gebrauch zu machen, welche das Gesetz dem Besitzer einer Sache gewähre. Fränkel [5] teilt diesen Standpunkt, indem er sagt, daß gegen Störungen durch Zuführung von Gasen, Dämpfen, Geräusch und Erschütterungen aus einem Grundstücke nur der belästigte Grundstückseigentümer, und nicht der Mieter, einschreiten kann, jedoch scheint er den Gesichtspunkt einer Besitzstörung völlig außer Acht zu lassen. Daß der Mieter wegen Verletzung seines Mietrechtes gegen Dritte klagen kann, wird wohl vereinzelt behauptet, jedoch überschreitet die Erörterung dieser Ansicht den Rahmen der Arbeit. Man hat auch Neumann [6]

---

[1] OLG. Rspr. 9, 295.
[2] DJZ. 1901 S. 382.
[3] „Da nun nach § 906 der Nachbar zu exzessiven Immissionen nicht berechtigt ist, so handelt er, indem er durch dieselben den Besitzer im Besitze stört, widerrechtlich."
[4] Mietr. S. 78.
[5] Miet- und Pachtr. S. 29.
[6] Handausg. § 906, 2, II, 1.

fälschlicherweise unter die Gegner der Ansicht, daß der Mieter als Besitzer wegen Störung durch Immissionen die Besitzstörungsklage erheben könne, gezählt. So wundern sich Volkmar [1]) und Mittelstein [2]), daß Neumann die Klage nur gegenüber Mitmietern geben wolle. Sie übersehen beide das ‹auch in der angezogenen zweiten Auflage von Neumann enthaltene› sinnverändernde Komma. Neumann drückt seine Ansicht folgendermaßen aus:

„Mieter und Pächter haben . . . unter Umständen die Besitzstörungsklage ‹§§ 868, 858, 862›, gegen den Mitmieter § 865."

So weit die wenigen Autoren, die nicht einer kritiklosen Uebernahme der für Eigentumsstörungen geltenden Vorschriften auf Besitzstörungen das Wort reden. Die Großzahl der anderen geht, wie schon zur Genüge hervorgehoben, davon aus, daß auch die Nutzungen der besessenen Sache dem Besitzer gewährleistet werden sollen. So kommt dies deutlich zum Ausdruck, speziell für Beeinträchtigung durch Immissionen, bei Niendorff [3]):

„Demgemäß kann dem Mieter, welcher auch auf den Bezug von Luft und Licht durch die im Mietraume vorhandenen Fenster Anspruch hat, der Besitzschutz gegen Entziehung von Licht und Luft nicht versagt werden, wenn ihm dadurch der Gebrauch ganz entzogen oder in erheblicher Weise beeinträchtigt wird, eine solche Entziehung enthält einen unmittelbaren Eingriff in das Gebrauchs- und Nutzungsrecht und damit in den Mietbesitz des Mieters."

Nicht anders das Reichsgericht [4]):

„Eine Besitzstörung liegt auch vor, wenn schädigende Einwirkungen auf die Pflanzen ausgeübt werden, die der Besitzer, namentlich der Pächter eines zur Handelsgärtnerei eingerichteten Grundstücks, auf diesem hält, denn die Verwertung seines Pachtbesitzes soll gerade dadurch erfolgen, daß er auf dem Grundstück im Betriebe seiner Handelsgärtnerei Pflanzen ziehen kann. Der Pachtbesitz wird also gestört und geschädigt, wenn infolge der Einwirkungen aus dem Nachbargrundstücke das Gedeihen der Pflanzen nachteilig beeinflußt wird."

In gleichem Sinne in einem Falle, in dem zwar nicht Immissionen stattgefunden hatten, aber durch einen Steinwurf ein Schaufenster zertrümmert war, das Landgericht München [5]): „Die schädigende Handlung des Sohnes des Beklagten umfaßt auch eine erhebliche Störung des Besitzes und des Gebrauchsrechtes des Klägers als Mieters des beschädigten Ladens." Es mag nebenbei erwähnt

---

[1]) a. a. O. S. 382.
[2]) 2. Aufl. S. 546 Anm. 36.
[3]) Mietr. S. 172.
[4]) RGZ. 105, 215.
[5]) Seuff. Bl. f. Rechtsanw. 70 S. 129.

werden, daß nach unserer Ansicht ein Eingriff in die tatsächliche Gewalt über den Ladenraum stattgefunden hatte, da die Gefahr von Diebstahl oder Eindringens Unbefugter vorlag, also die Verwendungsbereitschaft selbst bedroht war. Nur die Begründung ist angreifbar. Ebenso liegt es in dem von Niendorff[1] gebrachten Fall unter der Voraussetzung der Erheblichkeit dieser negativen Immissionen. Abzulehnen ist dagegen die Entsch. des Reichsgerichts im Ergebnis wie in der Begründung.

Unsere oben gebrachten Gegengründe gegen die in diesen Fällen hervortretende Grundauffassung vom Wesen der Besitzstörung als Beeinträchtigung der Benutzung, die sich ausgesprochen oder implicite in den Gedankengängen der Anhänger der h. M. findet, gelten in verstärktem Maße auch für die Behandlung der Besitzstörungen durch Immissionen. Würden die Vertreter der h. M. diese ihre Grundauffassung folgerichtig beibehalten, so müßte ihre Stellungnahme bei den ideellen und negativen Immissionen, die noch nicht einmal als Eigentumsstörungen angesprochen werden, eine andere sein. Die für ideelle Immissionen abweichenden Entscheidungen der Oberlandesgerichte Colmar[2] und Celle[3] sind in ihrer Begründung folgerichtiger. Sie gehen davon aus, daß die Gleichstellung der Idealimmissionen mit den in § 906 genannten aus physikalischen Gründen gerechtfertigt ist, da auf das Auge durch wahrnehmbare Lichtquellen ebenso eingewirkt werde wie auf das Gehör durch Schallwellen. Ferner aber sei der Grund des Rechtsschutzes des § 906 der, daß der Eigentümer in der ungehinderten Benutzung des Eigentums in jeder Richtung zu schützen sei, soweit nicht nach § 906 eine Ausnahme begründet sei. Für eine Beschränkung des Schutzes gegen schädigende Einwirkungen auf die körperliche Gesundheit unter Ablehnung einer Ausdehnung auf das sittliche Wohlbefinden gebe § 906 keinen Anhalt.

Diese Beweisführung muß als richtig bezeichnet werden. Hinzuzufügen ist noch, daß eine scharfe Trennung von seelischen und körperlichen Einwirkungen sich nicht immer durchführen läßt. Bei Zuführung von Geräuschen wird eine körperliche Einwirkung meist nur vorgenommen, wenn sie nachts erzeugt werden. Tags wird meist eine seelische Beeinflussung durch Störung der geistigen Arbeit hervorgerufen werden. Es können aber auch Geräusche, die nur die geistige Arbeit beeinflussen, verboten werden, wie z. B. im Interesse eines wissenschaftlichen Instituts, dem durch nicht ortsübliche Geräusche in der Nachbarschaft die Ausübung der geistigen Tätigkeit wesentlich erschwert wird.[4]

[1] Mietr. S. 172.
[2] OLG. Rspr. 5, S. 386.
[3] Seuff. A. 60 Nr. 11.
[4] so richtig Mayer S. 21.

Auch für negative Immissionen müßte die h. M. einen anderen Standpunkt einnehmen, es wurde schon dargelegt, aus welchen Gründen. Eine Stellungnahme in diesem Sinne ist bisher nirgendwo erfolgt.

Es würde aber die Behandlung des Problems der durch Immissionen hervorgerufenen Besitzstörungen in einem besonderen Abschnitt nicht rechtfertigen, wenn nur negative Gründe in Form von Kritik der Gegenmeinung vorgebracht würden, umsomehr, als diese Kritik notwendigerweise unter wiederholter Bezugnahme auf bereits gebrachte Gegengründe erfolgte.

Es sind auch positive Gründe, die für unsere Meinung sprechen. Nach den Motiven[1] soll durch die Besitzklagen derjenige Zustand wieder hergestellt werden, der durch erlaubte Gewalt hätte aufrecht erhalten oder wieder hergestellt werden dürfen, wenn der Inhaber im richtigen Zeitpunkte hierzu willens und imstande gewesen wäre. Will man dem Besitzer einen Störungsanspruch gegen Immissionen geben, so muß man sich mithin vergegenwärtigen, wie die Sachlage wäre, wenn der Besitzer von dem ihm zustehenden Gewaltrechte des § 859 Gebrauch machen würde. Erläuternd ist zunächst zu sagen, daß Schutzmittel, deren sich der Besitzer bedient, um Immissionen fernzuhalten, keine Gewaltanwendung darstellen. Die Pflicht des Eigentümers, und folglich vom Standpunkte der h. M. aus auch des Besitzers, besteht nicht in einem Aufnehmenmüssen der Immissionen, sondern nur in einem Nichtverbietenkönnen. Die Errichtung von Schutzwänden ist ihm daher gestattet. Eine Gewaltanwendung liegt erst in dem Hinüberwirken auf das Nachbargebiet, von dem die „Störungen" ausgehen. Man stelle sich diese Gewaltanwendung praktisch vor. Soll der „gestörte" Besitzer die Dampfkessel des immittierenden Großunternehmens auslöschen, oder soll er, wenn er sich gar nicht anders zu helfen weiß, die Fabrik in die Luft sprengen? Fraglich ist auch, inwieweit dieses Gewaltrecht gegenüber einem nach §§ 16, 24, 26 Gew. O. genehmigten Betriebe zulässig ist. Hinzu kommt aber noch eines. Eine Besitzstörung würde erst dann vorliegen, wenn Erheblichkeit und Nicht-Ortsüblichkeit der Immission festgestellt sind. Diese Feststellung ist, wie die Immissionsprozesse beweisen, sehr oft das Ergebnis schwierigster Untersuchungen.[2] Für den Besitzer, der Gewalt anwenden will, gilt es aber rasch zu handeln. Man kann von ihm weder langwierige Ueberlegungen noch Sachverständnis, wie es der auf Gutachten sich stützende Richter besitzen muß, verlangen. Trotzdem bürdet man ihm das ungeheuere Risiko einer Ueberschreitung seiner Befugnisse auf und setzt ihn Schadensersatzansprüchen aus, die seine wirtschaftliche Existenz vernichten können.

Dieser ungünstigen Lage des Besitzers gegenüber befindet sich nicht etwa der immittierende Nachbar in einer Vorzugsstellung.

---

[1] Mugdan III S. 61.
[2] Riehl, Gruchot 51, 142 ff.

Auch er hat keinen Grund, mit der Regelung der nachbarlichen Beziehungen zum Besitzer so, wie die h. M. die gesetzlichen Bestimmungen auslegen will, zufrieden zu sein. Der Nachbar kann sich durch vertragliche Abmachungen mit dem Grundstückseigentümer das Recht sichern, Immissionen über die gesetzlichen Schranken des § 906 hinaus zuzuleiten. Sehr oft wird ein Bedürfnis hierfür vorhanden sein. Derartige Abmachungen können auch mit dem Besitzer getroffen werden. Wenn der Besitzer desungeachtet wegen Störung seines Besitzes klagt, so kann ihm der Nachbar zwar entgegenhalten, daß die Immissionen unerheblich und ortsüblich seien. Die Berufung hierauf stellt keine im Besitzprozeß nach § 863 unzulässige Einwendung dar. Der Nachbar sagt mit dieser Berufung nicht: „iure turbavi", sondern „non turbavi".[1] Sich auf die vertraglichen Abmachungen zu berufen, die ihm ein über die Grenzen des § 906 hinausgehendes Einwirken gestatten, ist ihm jedoch verwehrt. Er dürfte dieses Rechtsverhältnis nur zur Begründung der Behauptung, daß es an den allgemeinen Voraussetzungen der Eigenmacht, d. h. einem Handeln ohne den Willen des Besitzers fehle, verwenden.[2] Hat der Kläger den Willen, übermäßige Immissionen zu dulden, durch Abschluß des Vertrages kundgetan, so wird Willenskontinuität vermutet. Es wird aber dem Besitzer, der sich vorsichtigerweise über die Rechtslage unterrichtet, ehe er klagt — und das wird bei solchen Besitzern, die sich durch ihr Vorgehen in praxi von rechtlichen Bindungen selbst freisprechen, regelmäßig der Fall sein — ein Leichtes sein, diese Vermutung durch entsprechende Handlungen zu durchbrechen. Also ist diese theoretisch zuzulassende Berufung auf das Rechtsverhältnis für den Nachbar ein sehr fragwürdiges Schutzmittel. Bestehen bleibt im Endergebnis die Tatsache, daß ein solcher zwischen Besitzer und Eigentümer geschlossener Vertrag für den letzteren einen äußerst geringen Wert hat. Bis der Eigentümer — Nachbar eine Klage daraus angestrengt und durchgeführt hat, ist schon unabsehbarer Schaden angerichtet.

Diese höchst unerwünschten Folgen können nur dann in Kauf genommen werden, wenn der Eingriff in den Besitz so stark ist, daß dem Besitzer die tatsächliche Gewalt entzogen oder er in ihrer Ausübung gestört ist. Der Grund des Besitzschutzes liegt eben in der Aufrechterhaltung der tatsächlich bestehenden Zustände, nur wenn der Besitz in diesen seinen Grundlagen erschüttert wird, ist es gerechtfertigt, daß der Besitzschutz in seiner eigentümlichen Weise darauf reagiert.

Daß eine Zuführung von Immissionen derartige Wirkungen hat, ist wohl selten, aber immerhin denkbar. Würde eine Fabrik jeden Tag eine gewisse Zeit hindurch den Raum eines Mieters mit giftigen Dämpfen füllen, die ihm den Aufenthalt unmöglich machen, so würde man wegen der vorübergehenden Natur der Einwirkungen

[1] Wolff § 16, 4.
[2] Staud. 863, 1; Rosenberg § 863 II; RGR. Komm. § 863, 1.

darin nicht eine Besitzentziehung, sondern eine Besitzstörung zu erblicken haben. Ebenso wäre eine erhebliche Verdunkelung eines Grundstücks durch Verbauen des Lichtes, — sofern man, wie wir, hier von Immissionen spricht — als Besitzstörung anzusehen.

§ 15.

Billigkeit des Gesamtergebnisses.

Das Ergebnis der Auslegung eines streitigen Begriffs muß, um befriedigen zu können, auch den Anforderungen der Billigkeit entsprechen. Die befürwortete Einschränkung des Begriffs der Besitzstörung und damit auch der Besitzstörungsansprüche läßt sich sehr wohl auch vom Gesichtspunkte des gerechten Ausgleichs widerstreitender Interessen halten. Man hat die große Veränderung, die die Umwertung des Besitzesbegriffs im neuen Rechte auch für unser Problem gebracht hat, nicht gewürdigt. Der Verkehr hat aber darauf reagiert: Der Eigentümer, der früher vielfach die Besitzstörungsklage zur Wahrung seiner Rechte erhob, ist zu anderen Schutzmitteln übergegangen. Besitzschutzklagen gehören heute in der Praxis zu den Seltenheiten, soweit sie vorkommen, handelt es sich meist um Immissionsprozesse. In der einstweiligen Verfügung (§ 940 ZPO.) hat man ein Rechtsmittel, das schnelleren und wirksameren Schutz verleiht.[1])

Nun mag man entgegnen, daß wohl die Besitzstörungsklage des § 862 entbehrlich sei, daß aber der Begriff der Besitzstörung weit gefaßt werden müsse, um dem Besitzer in Fällen des Eingriffes Dritter einen Schadensersatzanspruch zu geben. Zur Anwendung soll dann § 823 BGB. kommen, und zwar, je nach Stellungnahme in der bekannten Streitfrage, Abs. I, soweit man den Besitz für eines der dort genannten Rechte hält, Abs. II wegen Verletzung der Schutzgesetze der §§ 858, 862, soweit man den Besitz für eine bloße Tatsache erklärt. Als Voraussetzung dafür, daß § 823 zum Zuge kommt, ist, entgegen dem nur objektiven Eingriff des § 862, eine schuldhafte Verletzung des Besitzes erforderlich.

Es ist jedoch in den meisten — ja, man möchte sagen, allen — Fällen zur Konstruktion eines Schadensersatzanspruches keine Annahme einer Verletzung des Besitzes erforderlich. So wird bei Immissionen in Mieträume entweder eine Verletzung der Gesundheit des Mieters oder, soweit Sachen beschädigt sind, des Eigentums vorliegen. Bei Verletzung fremder Sachen ist der Mieter nicht so sehr interessiert als deren Eigentümer, soweit er selbst vom Eigentümer in Anspruch genommen wird, kann er sich nach § 255 BGB. dessen Ansprüche gegen den Dritten abtreten lassen. In einem weiteren sehr wichtigen Fall, der Verletzung von ungetrennten

[1]) Wolff § 17 I.

Pachtfrüchten, ist der Pächter ebenfalls nicht schutzlos, wenn man Verletzung des Besitzes verneint. Sein Anspruch gründet sich auf § 823 I BGB., da das Aneignungsrecht des Pächters nach § 956 BGB. zu den „sonstigen" Rechten des § 823 I zählt und Schutz gegen schuldhafte Verletzung genießt.[1])

Soweit der Besitzer nur in der Benutzung der Sache, nicht in der Ausübung der tatsächlichen Gewalt gestört ist, besteht auch kein Anlaß, ihn günstiger zu stellen als einen nichtbesitzenden Nutznießer einer Sache. Man würde sonst einem bloßen Forderungsrechte absoluten Schutz zuteil werden lassen. Der Eigentümer ist diejenige Person, von der sich der Besitzer sein Recht holen mag. Er ist z. B. bei einem Mietverhältnis zur Gewährung des ruhigen Genusses der Mietsache in einem Umfang verpflichtet, der sich aus dem Rechtsverhältnis ergibt. Diese Verpflichtung erstreckt sich auch auf die Fernhaltung störender Einflüsse Dritter. Geht er gegen den Störer seines Eigentums nicht vor, so kann der Mieter alle Mittel, die ihm das Gesetz an die Hand gibt, gegen ihn anwenden, vom Zurückbehaltungsrecht des § 273 BGB. und den Gewährleistungsansprüchen der §§ 537, 538 bis zum Kündigungsrecht des § 542.

Zum Schluß mag noch an einem praktischen Fall, der sich jederzeit ereignen kann, gezeigt werden, wohin die Gewährung eines Besitzstörungsanspruchs in übermäßigem Umfange führen kann.

In einem großstädtischen Miethause wohnt ein Dutzend Parteien. Vom Nachbargrundstück dringt alltäglich und -abendlich das Geräusch eines großen Lautsprechers herüber und beeinträchtigt die Mieter in ihrer Arbeit und in ihrem Ruhebedürfnis. Sämtliche Mieter strengen, unabhängig voneinander, Besitzstörungsprozesse an. Der übliche Lauf würde sein, daß der Nachbar in sämtlichen Prozessen unterliegt und sämtliche Kosten zu tragen hat. Ein Ergebnis, das, vom fiskalischen Standpunkt abgesehen, weder im Interesse der Parteien, noch der Rechtsprechung liegt. Statt dessen im Normalfall einfache und schnelle Erledigung, in einem einzigen Prozeß, wenn der Eigentümer nach §§ 1005, 906 klagt.[2])

So führt uns auch unser Richtigkeitsurteil zu der bereits aus geschichtlicher Entwicklung und Zusammenhang des gesamten Rechts gewonnenen Erkenntnis hin, daß jede Besitzstörung begrifflich einen Eingriff in die tatsächliche Gewalt voraussetzt, und zu einer ausdehnenden Auslegung des Gesetzes im Sinne der h. M. weder ein Anlaß noch ein Bedürfnis vorhanden ist.

---

[1]) so Oertmann § 823, 3 f.; Wolff § 79 II; Eccius S. 8; Raape, Aneignungsüberl. S. 184. Die Frage ist im übrigen stark bestritten, ihre Beantwortung abhängig von der Absolutheit oder Nichtabsolutheit dieses „Kannrechtes."

[2]) Diese Erkenntnis formuliert schon Thibaut S. 32 — mutatis mutandis — dahin: „Wendet Euch an Euren Vermieter als Euren natürlichen Schutzherrn, damit er Euch sämtlich unter seine Flügel nehme, und so mit einem Male durch eine einzige Klage die Sache für alle abgetan werde."

Lebenslauf.

Am 17. September 1903 wurde ich in Fritzlar als Sohn des im Jahre 1921 verstorbenen Hauptlehrers Theodor Boley geboren. Ich besuchte die Evangelische Höhere Privatschule zu Fritzlar bis zum Jahre 1917 und anschließend das Staatliche Gymnasium in Marburg a. L., wo ich im Frühjahr 1921 die Reifeprüfung bestand. Von 1921 bis 1926 war ich, unter Einschluß einer ordnungsmäßigen Lehrzeit, Bankangestellter, gab aber diese Tätigkeit Ostern 1926 auf, um mich dem Studium der Rechtswissenschaft zu widmen. 6 Semester studierte ich in Marburg, 2 Semester in Göttingen. Am 3. Mai 1930 bestand ich die erste juristische Staatsprüfung vor dem Oberlandesgericht in Kassel, am 16. Juli 1931 die mündliche Doktorprüfung vor der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Marburg. Zur Zeit bin ich im Vorbereitungsdienst bei einem Rechtsanwalt und Notar im Bezirke des Oberlandesgerichts Kassel beschäftigt.